

rivista di diritto privato

3 anno XIX - luglio/settembre 2014

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Publicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova,
Natalino Irti, Pietro Rescigno, Pietro Schlesinger,
Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore: Giorgio De Nova

Condirettori: Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale: Pietro Abbadesse, Fabio Addis,
Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale,
Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale,
Massimo Confortini, Giovanni D'Amico,
Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Fabrizio di Marzio,
Aldo Angelo Dolmetta, Andrea Fusaro, Carlo Ibba,
Giancarlo Laurini, Raffaele Lener, Francesco Macario,
Vincenzo Meli, Massimo Miola, Mario Notari,
Giacomo Oberto, Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi,
Fabio Padovini, Andrea Pisani Massamormile,
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,
Michele Tamponi, Federico Tassinari, Gian Roberto Villa,
Massimo Zaccheo, Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redazioni

Milano: Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci

Bari: Adriana Addante, Caterina Calia,
Claudia Morgana Cascione

Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Bari

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetta entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta. Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. –
Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel data base informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

I contributi pubblicati nelle rubriche "Saggi e pareri", "Profili e documenti", "Difese e decisioni" e "Problemi delle professioni" sono assoggettati alla procedura di referaggio anonimo (sistema del *blind peer review*).

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato Scientifico.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

rivista di diritto privato

2014

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Misericocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 3/2014

Saggi e pareri

Presentazione

di Adriana Addante

327

La Giustizia e i diritti degli esclusi e la storia

di Giunio Rizzelli

331

Osservazioni preliminari per una definizione giuridica delle forme contemporanee della schiavitù

di Antonio Jannarelli

335

Suggerimenti e delusioni del socialismo giuridico.

Note a margine del caso Di Vagno

di Marco Nicola Miletta

369

I “soggetti deboli” e il diritto penale

di Adelmo Manna

387

Diritti degli esclusi e immigrazione. Una breve analisi per una corretta risposta giudiziaria

di Leonardo Leone De Castris

395

L'Università ed i diritti degli esclusi

di Onofrio Troiano

401

L'immigrazione nell'ordinamento giuridico brasiliano

di Alfredo Calderale

407

Il “debito” di solidarietà: per una «tutela civile dei diritti» umani (a margine di un recente libro)

di Mariano Robles

417

**Il nome come marchio d'infamia: il caso dei nomi ebraici
tra vecchie e nuove discriminazioni**

di Giorgio Resta

437

La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa

di Adriana Addante

461

Saggi e pareri



Università di Foggia
Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in
Dottrine generali del diritto



HR EXCELLENCE IN RESEARCH

Incontro di studi

La giustizia e i diritti degli esclusi

Saluti

Magnifico Rettore dell'Università di Foggia

Maurizio RICCI

Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia

Aldo LIGUSTRO

Con **Giuseppe TUCCI** discutono:

Leonardo LEONE de CASTRIS, Procuratore della Repubblica di Foggia

Adelmo MANNA, Diritto penale, Università di Foggia

Alfredo CALDERALE, Diritto privato comparato, Università di Foggia

Giunio RIZZELLI, Diritto romano e diritti dell'antichità, Università di Foggia

Marco BARBIERI, Diritto del lavoro, Università di Foggia

Interventi

Adriana ADDANTE, Lucia BOZZI,

Marco MILETTI, Onofrio TROIANO

Mercoledì 19 marzo 2014, ore 10.00

Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza

Con il patrocinio del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Foggia

È in corso di accreditamento presso il C.O.A. di Foggia il riconoscimento di CFU.

Presentazione

di Adriana Addante

“Disparità di trattamento”, “forme antiche e moderne di asservimento”, “erosione sottile e violenta dei diritti nelle dittature”. Con queste espressioni Pietro Rescigno riassume il fulcro delle tematiche trattate nel volume di Giuseppe Tucci *La giustizia e i diritti degli esclusi* cui è dedicato il presente numero “speciale” della *Rivista di diritto privato*.

La *Rivista* diviene luogo di incontro delle voci di studiosi, eterogenei per formazione e per appartenenza generazionale, i quali, prendendo spunto dai molteplici angoli di osservazione offerti dalle pagine di Tucci, rileggono il complesso tema dei diritti fondamentali della persona umana.

Gli scritti qui pubblicati riprendono la trama del dibattito di presentazione del volume, svoltasi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Foggia: essi esprimono la volontà di colleghi ed allievi del Civilista barese di proseguire il dialogo, nella comune passione per la ricerca e nella convinzione che, mai come in questo tornante storico, vada preservata la funzione ‘civile’ della cultura giuridica.

Il ringraziamento più sentito è dunque diretto agli Autori del presente fascicolo. Ciascuno di loro, secondo la propria prospettiva e coprendo un arco cronologico che spazia dal diritto antico sino agli scenari della globalizzazione, ha provato a declinare il binomio giustizia – esclusione che, con immutata drammaticità, interpella la coscienza del giurista contemporaneo. Particolare gratitudine è rivolta a Marco Miletti che ha permesso l’inserimento dell’iniziativa seminariale all’interno delle attività del *Dottorato di ricerca in Dottrine generali* e ha seguito ogni fase della pubblicazione di questo volume con suggerimenti puntuali e preziosi.

La constatazione della persistenza, nell’Occidente del terzo millennio, di fenomeni di schiavitù e di esclusione che parevano relegati ad altre latitudini è ben delineata nelle pagine del romanista *Giunio Rizzelli* il quale, nel contributo *La Giustizia e i diritti degli esclusi e la storia*, ricorda come la storia, in particolare quella antica, sia sovente utilizzata ora come improbabile serbatoio di soluzioni decontestualizzate, ora come strumento retorico di persuasione.

Le brillanti pagine del civilista Antonio Jannarelli *Osservazioni preliminari per una definizione giuridica delle forme contemporanee della schiavitù*, adottano la cifra ‘definitoria’ per tracciare un sintetico bilancio sugli strumenti normativi e giurisprudenziali di contrasto alle moderne manifestazioni del fenomeno. Il perno problematico dell’analisi, condotta alla luce d’una robusta (e bibliograficamente documentata-

ta) disamina diacronica e col rigoroso sussidio di collaudate categorie civilistiche, consiste nella difficoltà di armonizzare valori sovente antitetici: l'autodeterminazione dei singoli (e dei popoli) con i requisiti minimi della civilizzazione; la libertà contrattuale e del consenso con le nuove e spesso subdole forme di asservimento. Pur nella lacunosità degli interventi legislativi, l'Autore fissa alcuni punti fermi, come quello del persistente divieto della servitù 'volontaria', che svelano all'osservatore attento e, auspicabilmente, all'interprete provveduto le radici profonde della civiltà giuridica occidentale.

L'analisi storica della vicenda umana di quanti hanno lottato per i diritti degli esclusi costituisce un momento imprescindibile di riflessione che emerge, con riguardo all'ordinamento nazionale, nelle pagine di *Marco Miletti*. Lo storico del diritto, nel saggio *Suggestioni e delusioni del socialismo giuridico. Note a margine del caso Di Vagno*, ritorna sulla vicenda evocata da *Tucci* del giovane deputato socialista, assassinato a Mola di Bari nel 1921, per evidenziarne due profili: la formazione universitaria 'romana' del Di Vagno, improntata ai tratti salienti del socialismo giuridico d'inizio Novecento; e la tormentata dinamica del processo contro i suoi presunti omicidi, segnata dalla prevalenza della «ragion di Stato» sulle regole fisiologiche della procedura penale.

La centralità dell'azione pubblica nella tutela dei più deboli costituisce il fulcro dell'analisi del penalista *Adelmo Manna* che, nell'articolo riguardante *I "soggetti deboli" e il diritto penale*, parte dalla riflessione attorno all'obbligatorietà dell'azione penale, per ricostruire la risposta dell'ordinamento rispetto alla protezione di figure eterogenee, accomunate dalla debolezza della posizione giuridica. La disamina prende in considerazione i diritti degli immigrati clandestini, le "cultural defences", i reati d'opinione e la delicata problematica dei malati terminali, con una «chiosa finale» sulle vicende delle masse contadine ricordate da *Ignazio Silone*.

Immigrazione clandestina e sfruttamento sono altresì oggetto dell'indagine condotta dal procuratore della Repubblica di Foggia *Leonardo Leone De Castris* nelle pagine dedicate ai *Diritti degli esclusi e immigrazione. Una breve analisi per una corretta risposta giudiziaria*. L'A., nel riportare la sua testimonianza in ordine a concrete vicende giudiziarie, evidenzia come il magistrato, nell'esercizio della giurisdizione, sia costantemente chiamato a contrastare fenomeni drammatici, che lo portano di frequente in collisione con l'ostracismo dell'opinione pubblica, di alcune rappresentanze politiche, oltre che degli organi di stampa.

L'indagine attorno al ruolo della magistratura, ed in particolare a quello svolto dalle Corti europee nella tutela dei diritti umani, è tra i temi toccati nelle pagine del civilista *Onofrio Troiano* dedicate a *L'Università ed i diritti degli esclusi*. La magistratura si trova ad assolvere il ruolo di bastione nella difesa dei diritti umani, anche a fronte di una legislazione lacunosa, nonché della crescente riottosità politica, a fron-

te di questioni spinose, come la gestione dei flussi migratori. La necessità di formare adeguatamente le nuove generazioni di giuristi rispetto a temi attuali e delicati non può che essere consegnata all'Università, ma non quale mera fucina di saperi specialistici, bensì quale luogo di trasmissione di valori condivisi.

Tale obiettivo è arricchito dal confronto con altre realtà giuridiche, forgiate da un tormentato percorso politico e sociale e tuttavia approdate a soluzioni apprezzabili, le quali appaiono improntate ad una più spiccata integrazione dello straniero. In tal senso, le pagine del comparatista *Alfredo Calderale*, dedicate a *L'immigrazione e l'ordinamento giuridico brasiliano*, ripercorrono la vicenda dell'immigrazione in Brasile e delle sue conseguenze sullo sviluppo del sistema economico e giuridico del Paese; e rivelano che, al termine di una lunga evoluzione, segnata anche da momenti drammatici, la recente legislazione sullo straniero con situazione irregolare chiude in modo dignitoso quella storia secolare, ponendosi come punto di riferimento dei recenti e restrittivi provvedimenti italiani.

Il paradigma di protezione connesso ai diritti inviolabili dell'uomo dovrebbe invece prescindere dal concetto di cittadinanza, come ampiamente argomentato nelle pagine del civilista Mariano Robles, *Il "debito" di solidarietà: per una «tutela civile dei diritti» umani (a margine di un recente libro)*. Partendo da una retrospettiva sulla nascita dei diritti fondamentali, l'A. sottolinea la sfaccettata natura del diritto a costituire una famiglia quale presidio intangibile della "persona". L'autonomia dei diritti inviolabili della persona e della libertà matrimoniale prescinde da ogni criterio di appartenenza territoriale di ascendenza "contrattualista" e, traendo linfa dal recente dialogo tra Corti Supreme statali e sovranazionali, conduce a valorizzare una nuova "cittadinanza sociale".

La spiccata analisi storica del comparatista Giorgio Resta, nel saggio *Il nome come marchio d'infamia: il caso dei nomi ebraici tra vecchie e nuove discriminazioni* rivela un'ulteriore angolatura dell'"esclusione" che conduce inesorabilmente alla degradazione della dignità umana. Il saggio prende le mosse da alcune vicende d'attualità, e segnatamente dalla proliferazione sul *web* di vere e proprie liste di proscrizione a carattere antisemita, per ricostruire la disciplina dei c.d. nomi ebraici nel contesto della legislazione razziale fascista e nazionalsocialista. La disamina di tale esperienza, poco nota e raramente studiata dai civilisti, aggiunge un ulteriore tassello per la comprensione dei meccanismi di stigmatizzazione ed emarginazione sociale del 'diverso' posti in essere dalle dittature novecentesche: pratiche che si riaffacciano, sia pure in forme diverse e meno appariscenti, nelle società contemporanee.

Chi firma queste note introduttive si è infine soffermata, nelle pagine intitolate *La tutela dei diritti fondamentali degli «esclusi» nelle attività di impresa*, sui possibili risvolti giusprivatistici del cd. *social dumping* derivante dalla tratta degli esseri umani e frutto della "delocalizzazione", non soltanto delle attività produttive, ma soprat-

tutto delle persone. *A latere*, infatti, delle misure di diritto pubblico che interessano importanti settori dell'economia, quale *in primis* quello degli appalti, si collocano azioni di contrasto poco esplorate, che trovano la loro diretta matrice nei rapporti interprivati. Il corretto esplicarsi delle regole di mercato e persino le scelte di natura commerciale operate dal consumatore sono in grado di assolvere un ruolo propulsivo nella tutela della persona.

La Giustizia e i diritti degli esclusi e la storia

di Giunio Rizzelli

Ringrazio innanzitutto Adriana Addante per avermi invitato a partecipare a questa discussione, perché mi ha permesso di apprendere molto dalle pagine del professore Tucci. I miei interessi scientifici sono, infatti, lontani dai temi in esse trattati e rivolti ad una lontana esperienza giuridica, alla sua storia.

Proprio alla storia, tuttavia, ho avuto subito, sin dall'inizio, la sorpresa di incontrare numerosi riferimenti durante la lettura. Lo dico non per l'eventuale assonanza che emerga con argomenti di cui si occupa chi studia il diritto di Roma antica. È il caso delle nuove forme di schiavitù, cui parte del libro è dedicata. L'identità terminologica nasconde distanze profonde. La schiavitù romana è una condizione giuridica, non uno *status* sociale omogeneo, decisivo per l'esistenza di un'oppressione economica, che impedisca il costituirsi di un'élite privilegiata. Pertanto, il servo di un cittadino ricco e influente può stare molto meglio di un cittadino di bassa estrazione sociale, e divenire, a sua volta, un ricco liberto e, magari, conseguire incarichi importanti nell'ambito della burocrazia imperiale, così da essere equiparato da qualche studioso a un potente ministro moderno, o, anche, semplicemente essere tenuto con cura dal padrone in quanto bene di grande valore economico. Altri sono i soggetti deboli o discriminati dei quali si parla nel libro, vittime della globalizzazione dei mercati e della creazione di meccanismi formali e sociali di esclusione dalla titolarità di diritti fondamentali e/o inviolabili. Al proposito, iniziando la lettura mi è ritornata alla mente una nota bibliografica incontrata diverso tempo fa nei *Quaderni* di Antonio Gramsci, dove si segnala un articolo, apparso nel 1929 su *Civiltà Cattolica*, sulla condizione schiavile in cui, in lontane parti del mondo, si sarebbero trovate allora molte persone, fra le quali donne e bambini, e pure italiani, emigrati in America del Sud, costretti a lavorare gratis per ripagare il costo del viaggio. Oggi alcune delle forme di asservimento descritte in quell'articolo, lungi dall'essere scomparse, sono globalizzate e diffuse nei paesi europei. Un fenomeno, questo, messo chiaramente in evidenza ed analizzato nelle dense pagine introduttive del libro ed all'interno del capitolo IV, *Thurgood Marshall e l'«infame» ruolo della schiavitù negli Stati Uniti: un confronto con l'Italia e con l'Europa dei diritti*.

Il motivo della necessità che l'attenzione alla dimensione storica dei fenomeni non venga mai meno è – dicevo – costantemente riproposto, nell'opera di cui ci occupiamo, attraverso affermazioni come quella sulla «storicità del diritto», dettata dalla consapevolezza che «il testo giuridico fornisce risposte diverse a seconda dei

fatti che lo interrogano in determinate circostanze storiche» (p. 159), o quella che – in tema di assimilazione culturale dei «principi etici» da parte di una determinata società – rimarca, richiamando Renan, come non ci si debba sottrarre alla complessità con cui la storia invita a confrontarsi: «questo compito può essere svolto unicamente da una società, che, nelle sue componenti politiche e nelle sue istituzioni culturali, non dimentichi “le complicazioni della propria storia”» (p. 89). Non citazioni storiche, dunque, per far sfoggio di erudizione, ma la prospettiva storica come riferimento imprescindibile nell’articolarsi del discorso all’interno dei singoli saggi raccolti. Un richiamo forte alla circostanza che ogni diritto, ad iniziare da quello vigente, vive nella storia, è necessariamente storico, e all’esigenza che l’operatore del diritto storicizzi, contestualizzi le vicende, le norme di cui si occupa, che sia sempre in grado di applicare, nell’interpretarle, le categorie di spazio e di tempo.

Un approccio scorretto alla storia perverte il rapporto di una comunità con le proprie tradizioni e, quindi, con la sua identità: ne indebolisce la capacità di autoipoiesi (per ricorrere ad una nozione, in verità, controversa), di ripensarsi criticamente superando i limiti della cultura in cui vive. Anche questo motivo affiora dalla lettura del libro, quando l’autore, nel capitolo II, occupandosi del «*bonus bebè*», si sofferma su alcune attività discriminatorie dirette a creare un pericoloso «“senso comune”». La forza di una tradizione – è stato opportunamente sottolineato dagli antropologi – non è tanto il legame che la stessa intrattenga con il passato, quanto il fatto che i suoi contenuti continuano ad essere insegnati nel presente. Inoltre, le tradizioni, quando non inventate, sono il risultato di una memoria fortemente ricostruttiva, e la memoria stessa può essere “madre di oblio”. La tradizione contribuisce a costruire un’identità che, a sua volta, può presupporre l’esclusione di gruppi di persone. Accade, insomma, che la storia sia pericolosa, perché funzionale a legittimare un presente ingiusto. Proprio in materia di moderna schiavitù (cui pure, nel libro, i riferimenti non mancano) si nota, ad esempio, come i testi antichi concorrano a comporre il retaggio culturale comune, alla base del dibattito ideologico sulla sua legittimità nell’Europa dei secoli XVIII e XIX (il pensiero corre immediatamente ad opere quali la *Politica* aristotelica). Riguardo all’impiego della storia in funzione legittimante di istituti e pratiche sociali, il richiamo all’esperienza giuridica romana ed ai discorsi che su di essa si accumulano può davvero essere (a differenza di altre pretese “continuità”) illuminante. Mi riferisco ad un episodio su cui ha di recente richiamato l’attenzione dei giuristi una storica del diritto romano, Aglaia McClintock, ricostruendolo con sensibilità e rigore. Episodio che s’inserisce anch’esso in un’importante vicenda di esclusione dai diritti e che vede coinvolto l’allora (2004) segretario di stato americano Donald Rumsfeld, convenuto davanti alla Corte Suprema da un prigioniero di Guantanamo, che domandava il riconoscimento dello *status* di cittadino americano. Un appello presentato *ad adiuvandum* da un’associazione (Eagle Forum) a sostegno di Rumsfeld, usa, tra l’altro, come

argomento la *servitus della poena*, un istituto elaborato dai giuristi romani, per cui gli autori di reati particolarmente gravi, sebbene cittadini, diventavano schiavi, perdendo, di conseguenza, ogni diritto di cittadinanza. Il tentativo è di rinvenire un requisito sicuro, ricollegato al merito individuale, che escluda l'attore dal diritto di cittadinanza.

E gli esempi potrebbero continuare con gli stereotipi e i luoghi comuni che costituiscono argomenti forti contro il riconoscimento dei diritti, che determinano, tra gli altri, i pregiudizi contro i disabili e contro le donne, così bene stigmatizzati (non senza sottile ironia, come a p. 38, accennando al dibattito, svoltosi nell'Assemblea Costituente, sull'art. 51 della Costituzione) nelle pagine di cui discutiamo. Stereotipi e luoghi comuni che hanno anch'essi una storia: alcuni, elaborati in esperienze molto lontane dalla nostra, hanno attraversato i secoli della cultura occidentale anche perché veicolati da una letteratura autorevole, com'è quella giuridica (testi di costituzioni imperiali confluiti nei codici, discorsi di giuristi romani citati ancora, fra l'altro, per argomentare contro l'ammissibilità delle donne all'esercizio dell'avvocatura e della magistratura, o invocati a rappresentare la "tradizione giuridica"). Già, perché quello intorno ai diritti inviolabili è anche un discorso che necessita di argomenti convincenti: un'esigenza, questa, implicita nel ragionamento dell'autore quando rileva come la «giuridicizzazione dei principi etici» abbisogni che «una parte consistente dell'opinione pubblica riesca a fare propri quei principi, non lasciando isolati i Giudici che li applicano e le piccole minoranze che li condividono» (p. 89). Naturalmente, la parte consistente dell'opinione pubblica che s'intende convincere va convinta anche attraverso discorsi. E qui la storia può svolgere, al contrario di quanto accade nelle situazioni cui si è poco sopra accennato, un ruolo positivo, poiché rappresenta un serbatoio di argomenti efficaci. Una funzione evidenziata, fra gli altri, da una studiosa di filosofia greca e romana, Marta C. Nussbaum, chiamata ad insegnare diritto ed etica nel Dipartimento di filosofia dell'Università di Chicago, in merito ad un tema importante per i diritti com'è quello della cittadinanza (non a caso qualcuno si è chiesto se non sia l'uomo a derivare dal cittadino, piuttosto che il cittadino dall'uomo): un tema che non sfugge certo all'autore del libro, con la «cittadinanza universale» (una formula che, peraltro, evoca un'idea "forte" di un importante movimento filosofico antico) che, riconosciuta a tutti gli esseri umani, diviene a sua volta – spiega – presupposto del riconoscimento dei diritti inviolabili (p. 19). Interrogandosi sulla relazione fra educazione liberale e concetto di cittadinanza, nella consapevolezza che si tratta di una questione che ha una lunga storia nella tradizione filosofica occidentale, Marta Nussbaum ha, infatti, sostenuto che capire le origini "classiche" di alcune idee in materia di cittadinanza può essere utile a recuperare argomenti importanti che hanno esercitato un'influenza a livello formativo sulla stessa democrazia statunitense. Per tale ragione, ha elaborato un progetto in cui vengono riprese e riproposte agli studenti queste idee.

Un altro tema di tutto rilievo, ricorrente nell'opera al centro della nostra attenzione, strettamente collegato ai precedenti, è quello del ruolo del giurista, analizzato soprattutto in relazione alla figura di Thurgood Marshall, del quale non si manca di sottolineare l' "acuto senso storico" (p. 128), strumento di cui si avvale nelle battaglie che conduce per i diritti. Il giurista è ritratto – si può dire – come intellettuale, ossia come qualcuno che si è istruito per intervenire, attraverso e a favore di determinate idee, su problemi di fondo riguardanti in primo luogo la comunità, perché in grado di cogliere, a differenza di molti specialisti, i problemi che, in un dato momento storico, appaiono fondamentali e globali. Come qualcuno che – per richiamare un tema indicato in precedenza – intraprende, inoltre, un tipo di "lotta sociale" volto a demistificare stereotipi e luoghi comuni

Ma, al proposito, nasce, a mio avviso, un problema. Su questo vorrei concludere il mio intervento, rivolgendo una domanda al Professore. Secondo Lei, il diritto può davvero continuare a produrre, attraverso l'attività dei suoi esperti, l'«effetto positivo nell'evoluzione dei rapporti sociali a favore dei soggetti più deboli e più discriminati» – di cui parla nell'introduzione (p. 3) e che rappresenta un motivo che ritorna di continuo nelle Sue pagine – se viene meno la figura del giurista-intellettuale, quello, per intenderci, che si è formato secondo un modello culturale che ormai appare, più che in crisi, definitivamente abbandonato? Lo chiedo pensando ai laureati che cominciano a produrre le università, non soltanto in Italia, ma in Europa in generale, con la divaricazione fra funzione professionalizzante e formazione culturale, che, invece di ridursi, si va accentuando proprio a discapito della seconda: un fenomeno, questo, le cui ricadute sulla libera attività di ricerca e di insegnamento sono pesantissime. Senza un operatore in grado di cogliere i problemi ed elaborare soluzioni al di là del dato tecnico-pratico, il diritto potrà continuare a svolgere il ruolo che Lei gli riconosce e che illustra così bene ricordando esemplari figure di intellettuali?

Osservazioni preliminari per una definizione giuridica delle forme contemporanee della schiavitù

di Antonio Jannarelli

1. Il processo attraverso il quale nell'attuale momento storico si mira a debellare il singolare riemergere anche nei paesi occidentali dei fenomeni di sfruttamento del lavoro in forme schiavistiche si rivela di singolare interesse oltre che sociale anche culturale, a partire innanzitutto dal problema relativo alla precisa individuazione, sul piano giuridico, della moderna schiavitù, in vista dell'adozione di puntuali risposte normative per la sua repressione¹.

Infatti, la definizione stessa del fenomeno da prendere in considerazione a tale fine costituisce una delle principali difficoltà che i legislatori hanno incontrato² e che può ridurre sensibilmente il margine di effettività delle soluzioni giuridiche introdotte: difficoltà dovute, a nostro avviso, da un lato alle forme in cui il fenomeno

¹ Meno problematica, ma ovviamente solo sul piano dell'individuazione del fenomeno di riferimento, è la questione giuridica relativa alla c.d. *slavery reparation* ossia alla possibilità di assicurare una tutela riparatoria agli eredi degli schiavi per le sofferenze subite e per le discriminazioni sofferte: sul punto, con specifico riferimento a quanto emerso nella recente esperienza nord-americana, si v. K.J. Sanders, *Re-Assembling Osiris: Rule 23, the Black Farmers Case, and Reparations*, in 118 *Penn St. L. Rev* 2013-2014, 339ss; al riguardo si v. anche i contributi elaborati per il *Reparation Symposium* e pubblicati in 33 *U. Mem L. Rev* del 2003, 243-473.

² Infatti, è dato riscontrare ancora oggi una distanza tra l'area del fenomeno, come individuato sul piano sociologico con riferimento sia alla schiavitù sia al traffico di essere umani alla prima collegato, e le nozioni giuridicamente accolte nella normativa internazionale e nazionale per cui non mancano significative proposte volte a colmare questa distanza. La difficoltà non è solo quella di individuare elementi precisi per definire il fenomeno ai fini della tutela giuridica in quanto è diffuso anche il timore che una nozione troppo ampia possa avere effetti negativi sull'effettività della tutela e del coinvolgimento dell'opinione pubblica: sul punto, a proposito della proposta di ampliare la nozione di *slavery* e del relativo traffico avanzata da J.C. Hathaway, *The Human Rights Quagmire of "Human Trafficking"*, in 49 *Va. J. Int'l L.* 1 2008-2009, si v. le riserve di A.T. Gallagher, *Human Rights ND Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway*, ivi 2009, 789ss e poi riprese dalla stessa autrice nel volume *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge 2010. Sull'attuale rapporto tra schiavitù e traffico di essere umani v. *infra* nel testo.

A ben vedere, una difficoltà ulteriore discende dal fatto che se nel passato vi è stata una piena corrispondenza tra la riduzione in schiavitù ed il relativo traffico, attualmente il traffico di essere umani non è soltanto legato allo sfruttamento in termini di lavoro per le vittime, ma può legarsi anche al perseguimento di obiettivi diversi quali lo sfruttamento sessuale, pornografico, od il commercio di organi. Non deve sorprendere, allora, che di recente si sia data preminenza alla individuazione della definizione di traffico di essere umani sì da individuare quella di schiavitù in via mediata. Sul punto v. *infra*.

si manifesta e che ne favoriscono lo sviluppo per via del processo di globalizzazione dell'economia³, dall'altro all'indubbia precomprensione indotta dalla presenza di alcuni paradigmi fondativi della cultura giuridica moderna, a partire da quelli che si sono sedimentati sin dall'età dei lumi⁴.

Essi ruotano intorno a due fondamentali pilastri: da un lato, il riconoscimento pieno e convinto del rilievo assiologico da riconoscere alla singola persona, dall'altro al primato anche qui assiologico da riconoscere al principio di autodeterminazione con tutte le difficoltà connesse alla precisa individuazione della relativa nozione, sì da assicurare che il rispetto della dignità del singolo non si traduca, pur in nome di nobili finalità, in occasioni di paternalistica eterodirezione⁵.

In altre parole, la fedeltà ai paradigmi legati al rispetto della singola persona, come soggetto in grado di autodeterminarsi, pienamente affermatosi nella modernità, può paradossalmente indurre oggi ad una visione oltremodo riduttiva delle nuo-

³ Per una prima sintetica distinzione tra i caratteri strutturali della vecchia e della nuova schiavitù, si v. l'efficace sintesi offerta da uno dei principali studiosi del tema, K. Bales, *New Slavery: The Transformation of an Ancient Curse* in 1 *Global Dialogue* Summer 1999—*The Globalisation Phenomenon*. Sulle diverse formule linguistiche utilizzate al riguardo si v. R. Botte, *Les habits neufs de l'esclavage: métamorphoses de l'oppression au travail*, in *Cahiers d'études africaines* 2005, 651ss; di nebulosità semantica da diradare per la messa a punto del fenomeno moderno ha parlato A. Morice, «*Comme des Esclaves*», ou les avatars de l'esclavage métaphorique, ivi, 1015ss.

⁴ Non meraviglia, a ben vedere, che i più attenti osservatori contemporanei mettano l'accento proprio sulla "discrepancy and confusion of the many definitions of slavery" attualmente in circolazione: così Bales, *Understanding Global Slavery*, California Press 2005, 40. Paradossalmente, il venir meno della chiarezza in proposito sembra aver preso il via proprio subito dopo la formale abolizione della schiavitù: in questi termini si v. Bales e Robbins, "No One shall be held in Slavery or Servitude": A Critical Analysis of International Slavery Agreements and Concepts of Slavery, in *Human Rights Review*, gennaio-marzo 2012, 18ss. L'incertezza nella definizione precisa dei fenomeni da ricondurre all'era della schiavitù discende anche dai contrasti ideologici, si pensi in particolare alla visione liberale ed a quella marxiana, che hanno contraddistinto la ricerca storica e, conseguentemente, alla puntualizzazione circa le differenze tra lo schiavismo antico e quello moderno: sul punto, anche alla luce della riflessione seminale offerta dal lavoro di Finley, *Slavery in classical Antiquity: Views and controversies*, Cambridge 1960, si v. tra gli altri Bender, Brion Davis, Haskell *The Antislavery Debate: Capitalism and Abolitionism As a Problem in Historical Interpretation*, California Press 1992 e C. Bormans, *Esclavage moderne e idéologie antique*, in 37 *Revue Tiers Monde* 1996, 787ss. Per l'indagine giuridica assai prezioso si v. il recente contributo di J. Allain, *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Oxford 2012.

⁵ È indubbio, infatti, che la discussione emersa a proposito di una versione anarchica del liberismo incline ad ammettere la schiavitù volontaria è per certi versi condizionata dalla nozione stessa di schiavitù che si assume: sul punto, per una prima puntualizzazione si v. G. Maniaci, *I contratti di schiavitù ed il lato oscuro dell'antipaternalismo*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2013; significativo, al riguardo, il tentativo definitorio che si rinviene in D. Frederick, *Voluntary Slavery*, in *Las Torres de Lucca*, 4, 2014, 115ss.

In alcuni casi, infatti, è emerso anche il pericolo che il riferimento alla schiavitù sia forzato, ossia si riveli del tutto retorico al fine di perseguire in maniera più severa situazioni che non esigerebbero siffatti interventi repressivi: in particolare, con specifico riferimento a recenti situazioni legate alla morale sessuale, ivi compresa la stessa prostituzione, si v. A. Walker *Strange Traffic: Sex, Slavery, and the Freedom Principle*, in 46 *Conn. L. Rev.* 2013-2014, 561, in cui si richiamano precedenti storici contro il lavoro delle donne per cui si era parlato di una *white slavery*.

ve forme di schiavitù rispetto innanzitutto al loro carattere anche di massa e alla morfologia con cui esse si manifestano e, dunque, rendere inadeguate già *ex ante* le risposte normative indirizzate alla loro effettiva repressione e prevenzione⁶. A tacer d'altro, è sufficiente porre attenzione allo spazio attualmente ricoperto dalla c.d. "schiavitù contrattualizzata", ovvero "sfruttamento consensuale"⁷, per cogliere immediatamente la complessità del fenomeno con il quale si è chiamati a confrontarsi e, quindi, la necessità improcrastinabile di assumere una sua più precisa definizione giuridica che sia all'altezza dei problemi emersi nei tempi più recenti anche nei paesi europei.

A tutto ciò si aggiunge, d'altro canto, che l'indubbia articolazione che il fenomeno presenta attualmente e che si vorrebbe reprimere in tutte le sue variegate manifestazioni entra in collisione con l'esigenza, propria del diritto penale, di avvalersi di fattispecie incriminatrici⁸ ben precise.

Le pagine che seguono sono rivolte appunto ad approfondire in termini sintetici questi temi alla luce delle risposte che attualmente sono state avanzate a livello legislativo per reprimere le nuove forme di schiavismo riemerse anche nei paesi occidentali e che hanno riproposto l'esigenza di adeguate soluzioni in grado di affrontare il complesso fenomeno, restando pur sempre in linea con i paradigmi garantistici della cultura giuridica moderna.

Il tema, mette conto chiarirlo, acquista particolare rilievo nei casi in cui i soggetti coinvolti non sono minori, posto che per questi è molto più facile, vista la loro oggettiva vulnerabilità, individuare la ricorrenza di una situazione di subordinazione e di dominio materiale e psicologico da parte di terzi, ovvero nei casi in cui lo sfruttamento non si presenti sotto le forme di prostituzione o di traffico di organi⁹. Per altro verso, negli ultimi anni la diffusa presenza di organismi internazionali operanti in diversi paesi ha ridimensionato molto il fenomeno più invisibile, ma non

⁶ In questa prospettiva, ovviamente, diventa rilevante la repressione del traffico o meglio della tratta di esseri umani al fine del loro successivo sfruttamento lavorativo: sul punto, si v. la recente direttiva europea n.36 del 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

⁷ Su questa particolare manifestazione della moderna schiavitù si v. per tutti K. Bales, *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Milano 2008; per altri riferimenti, nell'ambito di una letteratura amplissima, si v. E. Perez Alonzo, *La nuova schiavitù del XXI secolo: il traffico illegale di persone*, in T. Casadei e S. Mattarelli (a cura di), *Il senso della Repubblica. Schiavitù*, Milano 2009, 163ss. In realtà, proprio in considerazione di queste ipotesi, si è messo in discussione la contrapposizione tra vecchia e nuova schiavitù: al riguardo si v. J. Quirk, *The Antislavery Project: Linking the Historical and Contemporary*, in 28 *Human Rights Quarterly* 2006, 565ss.

⁸ Su questa specifica difficoltà o contraddizione, si v. la riflessione di E. Decaux, *Les forme contemporaines de l'esclavage*, Leiden 2009, 16-17.

⁹ In verità, attualmente il problema si presenta diffusamente in Europa, sia pure con modalità diverse, anche per donne maggiorenti in termini di *domestic slavery*: sul punto, si v. le Raccomandazioni del Parlamento Europeo n.1523 del 2001 e n.1664 del 2004; per altri profili si v. anche la nota successiva.

meno rilevante, rappresentato dalla c.d. “domestic slavery” in cui sono prevalentemente coinvolte donne migranti, e che, a ben vedere, ha costituito una delle manifestazioni più significative e diffuse della moderna schiavitù¹⁰.

2. Per comprendere la questione, che si rivela non di poco momento, soprattutto sia in sede di individuazione specifica delle fattispecie penali da introdurre, sia in sede della loro concreta applicazione giurisprudenziale, a partire dalla stessa esperienza maturata negli ultimi anni nel nostro paese, è necessario, a nostro avviso, considerare che tra la fine del Settecento¹¹ e il Novecento il superamento del sistema schiavistico è stato affidato fondamentalmente alla sua drastica radicale esclusione dal mondo del giuridicamente lecito.

Con specifico riferimento a dati anche razziali¹² e pur con differenziazioni dallo schiavismo presente nel mondo antico, è bene osservare che il modello giuridico

¹⁰ Sul punto si v. da ultimo V. Mantouvalou, *The Many Faces of Slavery: Domestic Work*, in 14 *Global Dialogue Summer/Autumn 2012—Slavery Today*; nonché H. Schwenken, “Domestic Slavery” versus “Workers Right”: *Political Mobilizations of Migrant Domestic Workers in The European Union*, in CCIS (The Center for Comparative Immigration Studies) *Working paper* n. 116 del 2005, ivi ampia bibliografia. È opportuno ricordare che la più significativa pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di Slavery, ossia il caso *Siliadin v. France* del 2005 ha riguardato proprio un’ ipotesi di *domestic slavery*: su questo caso vi ancora V. Mantouvalou, *Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labor*, in 34 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 2012-2013, 133ss.

¹¹ Per una utile puntualizzazione delle tappe in ordine al dibattito sulla schiavitù e all’emergere dell’antischiavismo negli ultimi decenni del secolo dei “lumi”, si v. D.B. Davis, *The Problem of Slavery in the Age of Revolution, 1770-1823*, Oxford 1999.

¹² Non vi è dubbio che nei secoli a noi più vicini la schiavitù si è contraddistinta anche per considerazioni puramente razziali oltre che religiose. Infatti, nell’ambito del conflitto europeo con il mondo musulmano, la schiavitù dei prigionieri ha riguardato per secoli tanto bianchi quanto uomini di colore: su questa vicenda, in particolare legata al conflitto secolare con i musulmani, si v. per tutti L. Valensi, *Stranieri familiari Musulmani in Europa (XVI-XVIII secolo)*, Torino 2013, passim, in part. 141ss. Viceversa, nello schiavismo praticato soprattutto nelle Americhe, per via della colonizzazione, la connotazione razzista è stata fortemente presente e registrata a livello giuridico. È sufficiente pensare da un lato alla presunzione di stato non libero per soggetti neri riconosciuta dall’esperienza giuridica nordamericana nei primi decenni dell’Ottocento (“the presumption of slavery arising from color”), dall’altro all’incredibile *dictum* della Corte suprema nordamericana nel caso *Dred Scott v. Sandford* del 1857 (una delle pagine più oscure della giurisprudenza di tale Corte) secondo cui era da escludersi, sulla base della Costituzione, che soggetti di razza nera di discendenza africana potessero acquisire lo *status* di cittadini, persino se resi liberi. Nella *opinion* accolta dalla maggioranza della corte, il Chief Justice Taney andò addirittura oltre, sostenendo che gli uomini di colore dovevano considerarsi “beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior that they had no rights which the white man was bound to respect.”. Sull’opinione dissenziente del giudice Curtis, su cui avrebbe fatto leva Lincoln nella sua battaglia per l’abolizione della schiavitù, si v. S.A. Streichler, *Justice Curtis’s Dissent in the Dred Scott Case: An Interpretive Study*, in 24 *Hastings Const. L. Q.* 1996-1997, 509ss.

In altre parole, non può dimenticarsi che, nella modernità, la problematica della schiavitù si è strettamente legata al tema delle differenze razziali nel senso che l’eliminazione della schiavitù è apparsa cosa ben diversa e più facile dell’eliminazione dei pregiudizi e delle incomprensioni legate alle differenze razziali. Sul punto,

operante sino alle soglie dell'Illuminismo, fondamentale nel sistema coloniale e nei paesi americani, ammetteva la concreta possibilità che vi fossero esseri umani da considerarsi anche *ab origine* in termini di *res* ed esseri umani nati liberi, per cui, secondo una terminologia tramandata dalla esperienza romanistica, si riteneva, al più, che *servus homo est, non persona*¹³. Nella visione prevalentemente accolta alla metà del Settecento, l'essere schiavi o il diventarlo rifletteva una condizione destinata a protrarsi per tutta la vita del soggetto, assunta, ora come originaria per taluni, ora imposta da circostanze drammatiche, ossia da vicende esterne e generalmente di massa, e non certo legata ad una qualche forma di decisione dell'interessato. Ad esempio, essere divenuti prigionieri o bottino di guerra, come avveniva nell'antichità romana, ovvero essere nativi di colonie, come è avvenuto nei paesi del sud America e soprattutto dell'Africa nel periodo del colonialismo¹⁴, ovvero diventare oggetto di vera e propria cattura, come è accaduto nei paesi africani per milioni di essere umani poi trasportati nelle Americhe. Si era in presenza, in definitiva, di un situazione nella quale l'*esclavage* si presentava come «un système totalitaire d'exploitation

appare tuttora degna di nota l'individuazione della questione da parte di Tocqueville, *La democrazia in America*, Milano 1982, 336ss, il quale poneva l'accento sul fatto che nelle realtà americana, la schiavitù, "fatto immateriale e transitorio" si combinava col "fatto materiale e permanente della differenza di razza": di qui il suo forte pessimismo quanto al difficile e non rapido mutamento dei costumi necessario per porre fine alla seconda questione posta che, a suo dire, "il ricordo della schiavitù disonora la razza, e la razza perpetua il ricordo della schiavitù".

- ¹³ Su questa distinzione, rimasta operativa sino alle soglie della codificazione moderna, si rinvia a A. Donati, *Homo e persona. Inherent Dignity e Menschenwurde*, in *Atti dell'Accademia romanistica constantiniana* 2010, vol. I, p. 73ss. In effetti, anche nelle impostazioni più radicali in ordine al modello dominicale a proposito degli schiavi era impossibile sfuggire alla rilevanza "umana" del protagonista: sul punto si v. J. Carbonnier, *Flexible droit*¹⁰, 2001, p. 244ss il quale traeva spunto sia dal Digesto, che collocava il tema non a caso nel capitolo *De statu hominum*, sia da alcune prescrizioni contenute nel *Code Noir* colbertiano, in ordine ad es. al matrimonio dello schiavo e alla sua famiglia. A proposito della riflessione hegeliana circa il rapporto tra soggetto e proprietà, con riferimento al ruolo della schiavitù, si v. F. Burgat, *Esclavage et propriété*, in *L'Homme* 1998, 11ss.
- ¹⁴ A ben vedere, a partire dalla colonizzazione spagnola e sino ai primi decenni dell'Ottocento, l'evangelizzazione è stata ampiamente utilizzata ed evocata come una delle giustificazioni della schiavitù. A dispetto delle riserve e delle critiche avanzate in questa direzione in tempi non sospetti da Bartolomeo de Las Casas, *La libertà pretesa dal supplice schiavo indiano*, Roma 1994 (sul ruolo di questo domenicano spagnolo nella vana lotta alle *encomiendas* a tutela degli indiani si v. C. Watner, in VIII *The Journal of Libertarian Studies* 1987, 298ss), nelle colonie francesi dei primi dell'Ottocento era ancora diffusa la convinzione secondo cui "l'asserviment des nègres aux blancs est la première visite de Dieu à la race noire" e la schiavitù "est una voie ouverte part la Providence au succès de la religion, un progrès pour la race africaine...". Per questi riferimenti, si v. H. Wallon, *L'Histoire de l'esclavage dans l'Antiquité, Introduction*, Parigi 1847, LXII: passo in cui si richiama, opportunamente la "rude boutade", a suo dire, di Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, il quale, a proposito di chi aveva fatto riferimento alla religione per configurare il diritto a rendere schiavi coloro che non la professavano, aveva osservato: "Fu questo modo di pensare che incoraggiò i distruttori dell'America nei loro delitti. È su questa idea che essi fondarono il diritto di rendere schiavi tanti popoli; quei briganti, che volevano essere assolutamente briganti e cristiani, erano infatti molto devoti".

économique, politique, sociale et sexuelle, fondé sur la force, la violence et une idéologie du racisme¹⁵.

Per quanto fondata sulla forza, la schiavitù trovava una sua piena sistemazione positiva sul piano giuridico: non a caso Louis de Jaucourt nell'*Encyclopédie* precisava che “l'esclavage est l'établissement d'un droit fondé sur la force, lequel droit rend un homme tellement propre à un autre homme, qu'il est le maître absolu de sa vie, de ses biens et de sa liberté”.

Nel migliore dei casi, il diritto civile stendeva un velo di ignoranza quanto alle modalità con cui si determinava la riduzione in schiavitù, per usare una terminologia moderna, ossia le “fonti” costitutive dello *status* di schiavi, all'infuori della nascita da madre schiava. Esso si preoccupava di disciplinarne i soli effetti¹⁶. Quale esempio assai significativo di un sistema giuridico moderno che prevedeva e disciplinava in un codice civile la schiavitù¹⁷, è sufficiente richiamare l'art.35 del *Code Civil* della Louisiana nella versione in vigore nel 1853 secondo cui “L'esclave est celui qui est sous la puissance d'un maître et qui lui appartient; de sorte que le maître peut le vendre et disposer de sa personne, de son industrie et de son travail, sans qu'il puisse rien faire, rien avoir, ni rien acquérir qui ne soit à son maître”¹⁸.

In realtà, la rappresentazione della schiavitù quale situazione fondata esclusivamente sulla forza era già frutto di una precomprensione che ben si collocava nella cultura dei lumi e dei diritti dell'uomo che si andavano affermando sempre di più nella cultura giuridica europea e che induceva, nel suo integralismo, una sia pur inconsapevole visione riduttiva del fenomeno rispetto alla diversa impostazione che si era affermata in precedenza¹⁹.

¹⁵ La frase riportata nel testo si legge in N.Schmidt, *Les abolitions de l'esclavage: quelques repères, questions et perspectives* in Aa.Vv., *La traite négrière, l'esclavage et leurs abolitions: mémoire et histoire*, CRDP de l'Académie de Versailles 2007,45 che richiama B. Lerone, *The Shaping of Black America*, Jhonson Pub.1975.

¹⁶ Per chi voglia ripercorrere la ricca giurisprudenza nord-americana in materia di schiavitù relativa ai molteplici conflitti civilistici che essa innescava, è fondamentale la raccolta sistematica offerta da Wheeler, *A Practical Treatise of the Law of Slavery*, NewYork 1837; e si v. anche la ricca casistica documentata da J.K. Schaffer, *Slavery, the Civil Law, and the Supreme Court of Louisiana*, Louisiana Press 1997.

¹⁷ Per una preziosa sistematica ricognizione del quadro legislativo in materia di schiavitù presente negli Stati Uniti alla metà dell'Ottocento curata dall'*American and Foreign Anti-Slavery Society*, si rinvia a W. Goodell, *The American Slave Code in Theory and Practice*, New York 1853. In lingua italiana si v. ora la documentazione raccolta da G. Pecchi, *Redemption. Slave Code, Black Code e Jim Crow Law: il diritto dei neri d'America*, Roma 2009.

¹⁸ Sulla legislazione della Louisiana relativa alla slavery e l'esperienza giurisprudenziale della corte suprema è fondamentale la ricerca offerta da J.K. Schaffer, *op.cit.*

¹⁹ Non è un caso che nel corso della Rivoluzione francese, la dichiarazione dei diritti del 1793 per la prima volta fece riferimento alla schiavitù, ma con esplicito richiamo alla sola ipotesi di spontanea determinazione da parte del soggetto, nell'ambito della sua attività di lavoro, essendo le altre ipotesi implicitamente vietate in quanto contrarie ai diritti di libertà. Infatti, l'art.18 disponeva che “Ogni uomo può impegnare i suoi servigi, il suo tempo; ma non può venderli, né può essere venduto; la sua persona non è una proprietà alie-

Salvo a tornare in prosieguo sul tentativo di neutralizzare le forme più brutali di schiavismo e di colonialismo attraverso forme di contrattualizzazione del siffatto rapporto di soggezione, va osservato che l'originaria eliminazione della schiavitù affermatasi nel corso dell'Ottocento²⁰ e a cui è seguita la più lunga e non meno travagliata stagione della rimozione delle disuguaglianze e delle discriminazioni tra esseri umani, ancor oggi tutt'altro che completata, si è manifestata, sul piano delle tecniche giuridiche, in termini oltremodo semplici, a prescindere dal prendere in considerazione i provvedimenti di accompagnamento ritenuti necessari per tenere sotto controllo gli inevitabili effetti economico-sociali che ne sarebbero scaturiti²¹.

nabile. La legge non riconosce domesticità [*domesticité*]; può esistere solo un vincolo di cure e di riconoscenza tra l'uomo che lavora e quello che lo impiega". È interessante rimarcare, per le ragioni che si chiariranno nel testo, che nella traduzione in lingua inglese della costituzione a cura di M.A. Hulshoff, *The French Constitution*, New York, 1817 se da un lato il termine *domesticité* venne traslato in *servitude*, dall'altro la curatrice si preoccupò di segnalarlo esplicitamente nella consapevolezza della singolarità dell'espressione utilizzata nell'originale francese.

²⁰ Per quanto riguarda l'esperienza europea, il movimento abolizionista ha preso il via in Inghilterra negli ultimi decenni del Settecento (al riguardo si v. C.L. Brown, *Empire without Slaves: British Concepts of Emancipation in the Age of the American Revolution* in 56 *The William and Mary Quarterly* 1999, 273ss), secondo quell'approccio gradualistico già suggerito da Burke nel suo *Sketch of the Negro Code* del 1792, sicché l'abolizione, avviata agli inizi dell'Ottocento, si è realizzata gradualmente, attraverso la previsione di un apprendistato degli ex schiavi presso i loro padroni, per divenire definitiva solo nel 1838. Questo non ha impedito, come ha evidenziato la ricerca storica, la persistenza per lungo tempo in Inghilterra di una schiavitù "invisibile", dovuta alla presenza di molto personale domestico tenuto in effettivo stato di asservimento.

²¹ A prescindere dalle ragioni puramente economiche che certamente hanno contribuito al superamento del sistema del lavoro schiavistico, è interessante rimarcare che già agli inizi dell'Ottocento, soprattutto nei paesi del Nord America in cui il lavoro schiavistico era prevalente nella piantagioni e la popolazione di colore tendeva ad essere maggioritaria, lo stesso fenomeno dell'affrancazione era soggetta ad una puntuale disciplina "conformativa", potremmo dire oggi, del diritto del proprietario sugli schiavi. Infatti, nella legislazione speciale della Louisiana, adottata nei primi decenni dell'Ottocento, l'affrancazione non solo era soggetta ad una autorizzazione del giudice, in funzione della tutela degli interessi patrimoniali dei creditori dell'affrancatore, ma esigeva anche il deposito della somma necessaria per l'espatrio, ossia per il ritorno degli ex schiavi nei loro paesi di origine, in particolare in Africa.

A ben vedere, l'esigenza di individuare provvedimenti legislativi e di politica economica di accompagnamento dell'eventuale abolizione della schiavitù, proprio sulla base della consapevolezza circa gli effetti complessivi che ciò avrebbe comportato, si rinvengono anche nelle analisi e nelle indagini di studiosi chiaramente abolizionisti: si pensi, a titolo esemplificativo, alle cautele suggerite da Montesquieu (Id, *Lo spirito delle leggi*, cap. XV) per superare la schiavitù, nonché alla proposta di Tocqueville di limitare per alcuni anni la possibilità di accesso della popolazione di colore all'acquisto della proprietà delle terre. Ci si riferisce alla relazione elaborata da Tocqueville e presentata il 23 luglio del 1839 sull'abolizione della schiavitù nella Guyana francese, in Tocqueville, *Scritti, note e discorsi politici 1839-1852*, Torino 1994, 301ss, in part. 333; su questa impostazione del grande pensatore francese, si v. S.Luste Boulbina, *Tocqueville et les colonies: Amérique, Antilles, Algérie* in *Sens public* del 2006 rinvenibile al sito www.sens-public.org; a proposito del pensiero Tocqueville in ordine al problema coloniale si v. anche L. Re, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, Torino 2012. Per altro verso, non si deve dimenticare che l'osservanza della logica proprietaria ha portato in alcune esperienze giuridiche a prevedere forme di indennità per i proprietari, in quanto espropriati di parte del loro patrimonio, per via dell'abolizione della schiavitù, Sull'esperienza inglese si v. la ricer-

Infatti, in quelle circostanze il sistema giuridico si è limitato, pur nella consapevolezza dei mutamenti di non poco momento che sarebbero emersi nel sistema sociale ed economico, ad eliminare il dualismo esistente nello *status* degli individui. Questo, a ben vedere, costituiva il semplice presupposto per l'effettivo accoglimento del principio di uguaglianza di fronte alla legge, e della centralità del soggetto nell'ordinamento giuridico, assunto come valore e come capace di autodeterminarsi nella libertà, posto che anche sul solo piano formale sarebbe stato necessario eliminare le molteplici discriminazioni che continuavano a sussistere.

Sotto questo profilo, ben si comprende la ragione per la quale: a) il tredicesimo emendamento introdotto nella costituzione americana nel 1865 che aboliva la schiavitù e la servitù involontaria (*slavery and involuntary servitude*) sia stato considerato “undoubtedly self-executing without any ancillary legislation, so far as its terms are applicable to any existing state of circumstances”²²; b), decisamente più travagliato si sia rilevato il processo di attivazione della section 2 del medesimo emendamento il quale disponeva che “Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation”.

Questa ultima formula, infatti, è stata al centro di una vasta esperienza giurisprudenziale posto che, a proposito degli interventi volti a combattere “badges and incidents of slavery”, a prescindere dall'introduzione di norme sanzionatorie penalistiche, si è prospettato il problema circa la corretta riferibilità a tale riserva legislativa federale anche di provvedimenti volti a combattere e rimuovere le discriminazioni di vario genere²³: ossia quelle che costituiscono, per certi versi, il terreno stesso di

ca di N. Draper, *The Price of Emancipation: Slave-Ownership, Compensation and British Society at the End of Slavery* Cambridge 2010.

²² Con quell'emendamento la costituzione americana inglobava, facendolo proprio, quanto contenuto nell'art.6 della *Northwest Ordinance* del 1787 con cui Ohio, l'Illinois, il Michigan, l'Indiana ed il Wisconsin avevano disposto che “There shall be neither slavery nor involuntary servitude in the said territory...” Sull'interpretazione di questa seconda fattispecie nei primi decenni dell'Ottocento, si v. l'importante contributo di Steinfeld, *Coercion, Contract, and Free Labor in the Nineteenth Century*, Cambridge 2001, 253ss. L'ordinanza del 1787 venne considerata come una vera e propria Magna Charta, sì da essere accolta in molte delle costituzioni di singoli States, prima ancora di trovare definitiva e suprema riaffermazione nella Costituzione federale. Sul punto si v. anche W.M. Carter jr, *The Promises of Freedom: The Contemporary Relevance of The Thirteenth Amendment*, in 85 *Temp. L. Rev.* 2012-2013, 867ss. Sulla situazione precedente alla introduzione del 13° emendamento si v. P. Finkelman, *How the Proslavery Constitution Led to the Civil War*, in 43 *Rutgers L.J.* 2011-2013, 405ss. A ben vedere, tale emendamento presentava al proprio interno una riserva diretta a venire incontro agli Stati del Sud. Infatti, il divieto della schiavitù e della servitù involontaria rinveniva una eccezione nei casi in cui si fosse stato in presenza di una forma di “punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted”: in tal modo the *convict lease system* (il ricorso al lavoro forzato dei detenuti) unitamente ai meccanismi repressivi del vagabondaggio (sul punto si v. da K. Orren, *Belated Feudalism: Labor, the Law, and Liberal Development in the United States*, Cambridge 1991) per molti decenni servirono a bilanciare gli effetti legati alla eliminazione della schiavitù.

²³ Su questa vicenda, si v. per tutti W. R. Carter JR, *The Thirteenth Amendment, Interest Convergence and the*

coltura dell'asservimento di essere umani da parte di altri e che come è noto sono stati rimosse negli *States* dopo lunghe battaglie giudiziarie solo nella seconda metà del Novecento²⁴.

A ben vedere, nella seconda metà del Settecento in molti paesi europei la schiavitù era già scomparsa da tempo all'interno dei rispettivi territori²⁵, ma risultava conservata nelle colonie²⁶ per cui dovevano cadere nel vuoto le stesse isolate proposte di chi, alle soglie della industrializzazione dell'economia europea, proponeva l'adozione di una legislazione che assicurasse il ripristino della schiavitù anche sul territorio europeo²⁷. In altre parole, con riferimento alle specifiche aree in cui il fenomeno era presente e verso il quale si muoveva l'ampio quanto redditizio traffico

Badges and Incidents of Slavery, 71 *Maryland L.R.* 2011-2012, 21ss e A. Tsesis, *Congressional Authority to Interpret the Thirteenth Amendment*, ivi, 69ss, in un fascicolo tutto dedicato ad un Convegno sul *Thirteenth Amendment* della Costituzione nord-americana. In effetti, una più compiuta tutela fu raggiunta negli States con la introduzione del 14° emendamento intervenuta nel 1868 che eliminò ogni dubbio sulla piena cittadinanza americana di tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti.

²⁴ Non è un caso che solo nel 1968 dopo un lungo silenzio il tredicesimo emendamento è stato utilizzato dalla Corte Suprema nel caso *Jones v. Alfred H. Mayer Company*: sul punto si rinvia a D.L. Colbert, *Liberating The Thirteenth Amendment*, in 30 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 1995, 2ss.

²⁵ Infatti, Pothier nel suo *Traite des personnes et des choses, de la propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, du contrat de nantissement, des cens, des champarts* in *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français* Tome 8, a cura di M. Dupin, Paris 1825, 20 se da un lato distingue i servi dagli schiavi, dall'altro conferma la presenza di questi ultimi solo nelle colonie: Les serfs, qui sont restés dans quelques provinces, et qu'on appelle gens de main-morte et mortuables, sont entièrement différens des serfs qui étaient chez les Romains. Ces esclaves, chez les Romains, n'étaient pas citoyens; ils n'avaient aucun état civil, pro nullis habebantur; ils étaient regardés comme des choses plutôt que comme des personnes, *ut res, non ut personae erant in dominio heri*; c'est-à-dire u'ils appartenaient à leurs maitres, de la même manière qu'un cheval ou tout autre meuble: et par conséquent ils ne pouvaient rien avoir en propre, et tout ce qu'ils acquéraient était dès l'instant acquis à leur maître, à qui ils appartenaient eux-mêmes. Nous avons, dans nos colonies, de ces sortes d'esclaves, qui sont les nègres, dont il se fait un commerce considérable. [la sottolineatura è nostra]. Quanto all'Inghilterra, che aveva conosciuto anche forme di lavoro coatto retribuito (per una sintesi si v. C. Manley Smith, *A Treatise of the Law of Master and Servant*², London 1869, XLI ss), un preciso orientamento contro il riconoscimento della schiavitù sul suo territorio, in particolare per schiavi portati o in transito in Inghilterra, ebbe come tappa di avvio la decisione nel caso *Somerset v. Stewart* del 1772 con motivazione elaborata da Lord Mansfield: su tale decisione si v. W.R. Cotter, *The Somerset Case and the Abolition of Slavery in England*, in *The Historical Association* 1994, 31ss; e C. Watner, *The Radical Libertarian Tradition in Antislavery Thought*, in *The Journal of Libertarian Studies*, 299ss.

²⁶ È in tale ottica, ed anche al fine di sottoporre il fenomeno dello schiavismo ad una disciplina giuridica centralizzata secondo le linee dell'assolutismo, che si colloca l'adozione in Francia da parte di Colbert del *Code Noir* destinato a trovare applicazione nel sistema coloniale francese (sul Codice nero al centro di un dibattito mai sopito, si v. il recente contributo di J-F. Niort, *Les chantiers de l'histoire du droit français de l'esclavage*, in *Themis & Clio* n.°4 2011; v. Jameson, *Montequieu et l'esclavage*, Paris 1911, 59ss; A. Watson, *The Origin of the Code Noir Revisited*, in 71 *Tul. L. Rev.* 1996-1997, 1041ss; si v. altresì M. LaËnnec Hurbon, *Eslavage moderne et Etat de droit*, del 1987, oggi rinvenibile in www.persee.fr).

²⁷ Si v. in particolare Melon, *Essai politique sur le Commerce*, Paris, 1734, 61ss. Per una attento inquadramento della proposta nell'ambito delle incertezze ed ambiguità presenti nel dibattito sulla schiavitù in Europa alla metà del Settecento si v. lo stimolante saggio di J.Y. Grenier, «*Faut-il rétablir l'esclavage en France?*» *Droit*

per via di mare di essere umani, è stato sufficiente rinnegare il paradigma che aveva ammesso la possibile esistenza di esseri umani da considerarsi come non tali – per le ragioni più varie – perché si addivenisse, prima alla repressione dei traffici²⁸ e, poi, alla definitiva abolizione della schiavitù e, dunque, alla scomparsa della stessa rilevanza giuridica del fenomeno²⁹.

La conferma circa la sufficienza dell'eliminazione del sistema dualistico quanto agli *status* delle persone perché si ponesse fine allo schiavismo è del resto dimostrata dal fatto che la disciplina abolizionistica non si preoccupò di dare risposte alle eventuali resistenze a tale evento, ritenendo sufficiente per la definitiva sua scomparsa il solo fatto di riconoscere a tutti la piena capacità giuridica e dunque la dignità sul piano formale.

In definitiva, si è ritenuto che eliminare il fondamento giuridico della pretesa proprietaria che legava gli schiavi al loro padrone e che ne disciplinava la circolazione come *res*, potesse bastare per considerare la schiavitù collocata definitivamente fuori dai fenomeni socialmente rilevanti. La sanzione penale relativa al reato di schiavitù³⁰ finiva, d'altra parte, con l'assumere un valore simbolico³¹, quale norma di chiusura di una epoca storica. Infatti, nella sua effettiva operatività, il sistema giuridico positivo rendeva del tutto impossibile la stessa ricorribilità del fenomeno nella sua forma pura di situazione dominicale totalizzante³² in senso pieno, pur estenden-

naturel, économie politique et esclavage au XVIIIe siècle, in *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 2010 n° 57, 7ss.

²⁸ In particolare, sul spinta dell'Inghilterra, è già dai primi decenni dell'Ottocento, a partire dal congresso di Vienna del 1815, che per via di accordi internazionali si cercò di limitare e di combattere il commercio schiavistico; anzi fu quella l'occasione per la costituzione delle prime corti internazionali chiamate a reprimere siffatti traffici: sul punto si v. E. Kontorovich, *The Constitutionality of International Courts: The Forgotten Precedent of Slave-Trade Tribunals* in 158 *University of Pennsylvania Law Review*, 2009, 39ss.

²⁹ La diffusa percezione di questo stato di cose si coglie ove si consideri che nei primi del Novecento, G. Santangelo (voce) *Schiavitù*, in *Enc. Giuridica italiana*, vol. XV p.I, Milano 1905, 770 e ss., apriva la sua indagine, sostenendo che "l'argomento che imprendiamo a trattare non ha importanza giuridica al presente, almeno in Europa..."

³⁰ Sulle origini della disciplina penalistica contro la schiavitù nella legislazione dei primi decenni dell'Ottocento a seguito soprattutto dell'avvenuta stipula di convenzioni internazionali contro il commercio degli schiavi si v. per tutti M.C. Barbieri, *La riduzione in schiavitù: un passato che non vuole passare. Una indagine storica sulla costruzione e sui limiti del 'tipo'*, in *Quaderni fiorentini* 2010, 229ss.

³¹ Invero, in occasione della codificazione penale ottocentesca italiana, era stata avanzata la proposta di sopprimere la disposizione di cui all'art.145 sulla base della semplice constatazione dell'avvenuta scomparsa del fenomeno nel nostro paese e in Europa, per cui il suo mantenimento è apparso semplicemente non superfluo, ma solo alla luce dei rapporti con paesi dell'Africa in cui era presente il commercio degli schiavi (così la valutazione offerta da Santangelo, *op. cit.* 823).

³² Lo schema proprietario presente al fondo della nozione della schiavitù in senso stretto si basa sul carattere totalitario e perpetuo del dominio sul corpo dell'asservito: sul punto, si v. F. Burgat, *Esclavage et propriété*, cit. in part. 23 secondo il quale "C'est la substance de l'esclave qui est la propriété du maître et non le simple usage de ses forces. Le simple usage de mes forces n'est distinct de mes forces elles-mêmes, c'est-à-dire de ma personne, que dans la mesure où celui-ci est limité dans le temps. C'est la quantité de cet usage qui détermine la nature de l'appropriation. Prendre toutes mes forces, c'est me prendre moi-même. La relation que

dosi il divieto e la sanzione penale anche una imprecisata “condizione analoga”³³. Invero, nel quadro del riconoscimento dei diritti di libertà e del principio di uguaglianza, la sanzione penale negava in definitiva alla radice la “giuridicità” sia della schiavitù, quale situazione in cui poteva ritrovarsi ridotto un individuo, sia di condizioni analoghe: giuridicità che, paradossalmente, veniva prospettata addirittura come condizione formale perché ricorresse il reato.

Come dire, dunque, che l’affermarsi incondizionato nella cultura giuridica e nella stessa ideologia di massa dei principi di uguaglianza formale dinanzi alla legge di tutti gli esseri umani, non poteva che condurre ad una sempre più netta presa di posizione contraria alla schiavitù. Per altro verso, in forza proprio dei paradigmi alla base del riconosciuto primato dei diritti dell’uomo, era indotta a identificare l’origine del fenomeno esclusivamente nell’uso della forza e della violenza, quali sole fonti per ridurre un essere umano ad una condizione di *res*.

A ben vedere, la stessa contrazione delle possibili fonti della schiavitù, nel passaggio dall’epoca premoderna in cui la schiavitù era pur sempre presente nella esperienza giuridica a quella dell’affermazione dei principi illuministici, è la manifestazione significativa della capacità orientativa della cultura giuridica i cui effetti possono rivelarsi inconsapevolmente distorcenti nella lettura e guida della realtà. Infatti, se si analizzano il diritto ed il pensiero premoderno, ossia quelli propri di una epoca in cui era ancora lontano il totale primato assiologico dell’individuo e dei suoi diritti inalienabili, è facile rilevare che, a proposito della schiavitù, era sostanzialmente condivisa l’opinione secondo la quale la schiavitù potesse sorgere per via della forza, ossia di una azione violenta di sotmissione di soggetti ad altri o in ragione della guerra, ovvero per contratto e per nascita da madre già schiava.

In questa prospettiva è dato riscontrare una singolare continuità tra quanto si legge nelle “Las siete partidas” di Alfonso il savio, risalenti alla metà del Duecento e

l’individu désapproprié de soi entretient à son propre corps est lié au rapport qu’il entretient à la propriété en général”.

³³ Salvo tornare sul punto nel prosieguo, è importante segnalare che, a proposito della fattispecie penalistiche repressive della schiavitù, è comune anche ad esperienze tra loro lontane la discussione sia in dottrina sia in giurisprudenza quanto alla configurazione della schiavitù come condizione giuridica, così evocando la sussistenza di un ordinamento giuridico terzo che l’ammette, ovvero come semplice condizione di fatto dai contorni tutti da definire, salvo il riferimento alle modalità con cui siffatta situazione si è venuta a determinare. Il tema, a ben vedere, ha accompagnato tutta l’evoluzione che la definizione di schiavitù ha conosciuto nel corso del Novecento, dalle soluzioni emerse nel corso del secolo precedente a quello, sino alle importanti puntualizzazioni intervenute nella Convenzione sulla schiavitù del 1926 e quelle ulteriori intervenute nella legge australiana del 1999. Su questo ultimo punto si v. *infra*.

Quanto a dibattito che ha contraddistinto l’esperienza giuridica italiana nel vigore del codice Zanardelli e del codice Rocco fino alla riforma del codice penale del 2003 si v. per tutti F. Resta, *Vecchie e nuove schiavitù Dalla tratta allo sfruttamento sessuale* Milano 2008 e, più di recente, M.C. Barbieri, *La riduzione in schiavitù. Un passato che non vuole passare, Una indagine storica sulla costruzione e i limiti del ‘tipo’*, cit.

destinate ad avere rilevanza in alcuni paesi sino ai primi dell'Ottocento³⁴, e la configurazione del fenomeno che si rinviene a tacer d'altro nell'elaborazione giusnaturalistica di Pufendorf³⁵.

In ordine all'importante codificazione contenuta nelle *Las siete partidas* basta qui rammentare quanto si legge nel titolo 21 della Partida cuarta secondo cui “Y hay tres maneras de siervos: la primera es de los que cautivan en tiempo de guerra siendo enemigos de la fe; la segunda es de los que nacen de las servas; la tercera ex cuando alguno que se libre se deja vender”. Per questa terza ipotesi il titolo prosegue e stabilisce che “Y en esta tercera son menester cinco cosas: la una, que él mismo consienta de su grado que lo vendan, la otra que tome parte del precio, la tercera que sea sabedor que es libre, la cuarta, que aquel que lo compra crea que es servo; la quinta, que aquel que se hace vender, que hay de veinte anos arriba”

A sua volta, nel suo elaborato scritto sul diritto naturale, Pufendorf, pur essendo critico del sistema schiavistico e critico della pretesa che potessero esserci “uomini naturalmente schiavi”, si è preoccupato con un accurata indagine di dimostrare che la vera origine della schiavitù era sostanzialmente pattizia, più precisamente fondata in definitiva su una adesione da parte del soggetto passivo. Nella prospettiva accolta da Pufendorf, per cui la schiavitù consensuale era considerata in linea con il diritto naturale, la condizione schiavistica abbracciava una molteplicità di situazioni. Quella rigorosamente dominicale, di origine romanistica, costituiva soltanto una delle manifestazioni più radicali e severe, chiamata convivere con altre alternative alla morte – si pensi al caso dei prigionieri di guerra – ovvero di origine pattizia: situazioni queste che dovevano prevedere trattamenti differenziati e comunque meno crudeli. Per altro verso, è altresì singolare il polemico contrasto tra questa visione più lata ed ampia del fenomeno accolta da Pufendorf e la posizione più formalista e rigida suggerita da Hobbes secondo il quale, viceversa, la differenza tra la schiavitù in senso stretto ed altre forme di mera dipendenza era legata al fatto che per la sussistenza della prima sarebbe stata necessaria un'oggettiva limitazione della libertà fisi-

³⁴ In particolare, nella Louisiana, il passaggio dal dominio spagnolo a quello francese, per via di una cessione alla Spagna intervenuta nel 1769 e seguita da una retrocessione avvenuta nel 1800, ha trovato una manifestazione emblematica proprio nella diversa disciplina dettata per la schiavitù: dall'osservanza del *Las siete partidas* si è passati all'applicazione del *Code Noir* nella stesura successiva a quella originaria risalente a Colbert e indirizzata appunto a sottoporre la schiavitù ad una prima normativa centralizzata (sul c.d. Codice Nero, si supra nt. 26). Su questa vicenda storica della Louisiana culminata con il formale inserimento della schiavitù nel codice civile, si v. A.J. Gross, *Legal Transplants: Slavery and the Civil Law in Louisiana*, in *USC Legal Studies Research Paper* n.09-16; più in generale, si v. A. N. Yiannopoulos, *The Civil Codes of Louisiana*, in *Civil Law Commentaries*, 2008, 2ss.

³⁵ A proposito della schiavitù, la scuola del diritto naturale si era orientata in termini realistici, nel senso che se da un lato si negava che qualcuno potesse essere per natura schiavo, dall'altro si riconosceva che “nessuno ha il diritto di non diventarlo mai”: così Grozio, *De jure belli ac pacis*. III, 7,1.

ca e materiale del soggetto, sotto forma di catene o di reclusione, sulla base appunto della distinzione tra la libertà materiale e quella spirituale³⁶.

Ebbene, a fronte dell'impostazione di Pufendorf, "aperta" a recepire la diversa morfologia con cui si presentava un fenomeno, certamente oggetto di deplorazione da quella cultura, giuridica e non, ma pur sempre dotato di un'effettività e di una rilevanza positiva nella realtà sociale del tempo, è singolare che, a partire dal Settecento, la letteratura illuministica più critica nei confronti della schiavitù, proprio in ragione del progressivo strutturarsi dei paradigmi legati ai diritti dell'uomo in chiave universalistica e, successivamente, all'affermarsi dello Stato di diritto, abbia da un lato individuato come fonti storica della schiavitù soltanto atti di forza e di violenza ivi compresa la guerra, pur però contestando il diritto ad uccidere i nemici riconosciuto dai giusnaturalisti, dall'altro abbia escluso categoricamente, sul piano stesso del diritto, la possibilità logico-giuridica che la schiavitù derivasse da contratto.

Sotto questo profilo, a voler limitarsi ad autori che hanno analizzato il problema in termini giuridico-ideologici, è evidente la complementarità che è dato riscontrare tra la riflessione di Montesquieu³⁷, risalente alla metà del Settecento, e quella di Condorcet elaborata pochi decenni dopo a ridosso dall'avvio della rivoluzione francese. Infatti, Montesquieu nel suo *Lo spirito delle leggi* sosteneva che³⁸, "non è vero, che un uomo libero possa vendersi. La vendita suppone un prezzo: vendendosi lo schiavo, ogni suo avere passerebbe nella proprietà del padrone: dunque nulla darebbe il padrone e nulla lo schiavo riceverebbe³⁹. Si dirà, egli avrebbe un peculio: ma il peculio è annesso alla persona. Se non è permesso l'uccidersi perché uno froda di sé stesso la patria, né pure è permesso il vendersi. La libertà di ciascun cittadino è una parte della pubblica libertà.... Il vendere la sua qualità di cittadino è un atto di tale

³⁶ Si v. in particolare Hobbes, *De Cive*, trad. *Sul Cittadino* a cura di Bobbio, Torino 1948, 206. Di qui, a suo dire, la distinzione tra lo schiavo in senso stretto ed il *servant*, a proposito del quale lo stesso Hobbes, nel cap. XX, *Of Dominion PATERNAL, and DESPOTICAL*, del suo capolavoro, *The Leviathan*, Oxford 1929 (reprint della prima edizione del 1651), 155, da un lato riconosce la presenza di un accordo (covenant) con il master perché si possa assumere la veste di *Servant*, dall'altro lascia ai *Grammarians* la questione circa "the word *Servant* (whether it be derived from *Servire*, to Serve, or from *Servare*, to Save...)".

³⁷ Sull'incidenza della riflessione di Montesquieu a proposito della schiavitù nel corso dell'illuminismo francese, si v. J. Ehrard, *Lumières et esclavage. L'esclavage et l'opinion publique en France au XVIII^e siècle*, Bruxelles, 2008; e Mondot, *L'esclavage et la traite sous le regard des Lumières*, Bordeaux, 2004. Sempre prezioso quanto al commento del cap. XV di Montesquieu resta il testo di Jameson, *op. cit.*, 215 e ss. Sul punto, con specifico riferimento alla realtà italiana, si v. il raffinato lavoro di A. Tuccillo, *Il Commercio infame. Antischiavismo e diritti dell'uomo nel Settecento italiano*, Napoli 2013, 117ss, con ampi riferimenti al ruolo avuto dal cap. XV del lavoro di Montesquieu nella letteratura antischiavistica, con particolare riferimento al suo contributo critico verso le posizioni della scuola giusnaturalistica, nella prospettiva volta appunto a negare qualsiasi legittimità allo *status* di schiavo considerato come una "condizione extra-sociale *innaturale*".

³⁸ Le citazioni è tratta da Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, libro XV Milano 2013, 402.

³⁹ La frase di Montesquieu riportata nel testo è stata letteralmente ripresa da W. Blackstone, *Commentaires on the Law of England in Four Books*, del 1766, 425.

stravaganza che non può supporre in un uomo. Se la libertà ha un prezzo per chi la compra, ella è senza prezzo per chi la vende⁴⁰. Conclusione, questa, che però non gli impediva di constatare che in alcuni paesi dispotici si fosse in presenza di una schiavitù volontaria, sì da considerare conforme alla “ragione quel diritto di schiavitù assai mite”: “mite perché è fondata sulla libera scelta che un uomo, per la propria utilità, fa di un padrone; cosa che dà luogo ad una convenzione reciproca tra le due parti⁴¹”.

A sua volta CONDORCET, nelle sue *Réflexions sur l'esclavage des nègres*, pubblicate nel 1781 sotto la pseudonimo di Joachim Schwartz, ragionando alla luce del sistema giuridico positivo, escludeva che potesse aversi schiavitù per contratto: “Qu'est-ce en effet que la liberté considérée dans le rapport d'un homme à un autre? C'est le pouvoir de faire tout ce qui n'est pas contraire à ses conventions, et dans le cas où l'on s'en écarte, le droit de ne pouvoir être contraint à les remplir, ou puni d'y avoir manqué, que par un jugement légal. C'est enfin le droit d'implorer le secours des lois contre toute espèce d'injure ou de lésion. Un homme a-t-il renoncé à ces droits, sans doute alors il devient esclave; mais aussi son engagement devient nul par lui-même, comme l'effet d'une folie habituelle ou d'une aliénation d'esprit, causée par la passion ou l'excès du besoin. Ainsi tout homme qui, dans ses conventions, a conservé les droits naturels que nous venons d'exposer, n'est pas esclave, et celui qui y a renoncé, ayant fait un engagement nul, il est aussi en droit de réclamer sa liberté que l'esclave fait par la violence. Il peut rester le débiteur, mais seulement le débiteur libre de son maître. Il n'y a donc aucun cas où l'esclavage même volontaire dans son origine puisse n'être pas contraire au droit naturel⁴²”.

Alla metà dell'Ottocento, la stessa letteratura impegnata in una ricerca storico-comparatistica del fenomeno rimarcava la definitiva raggiunta piena illegittimità della schiavitù rispettivamente sul piano filosofico, psicologico e storico giuridico. In particolare, se la prima aveva ormai rifiutato le posizioni riferite a Aristotele portate a negare l'esistenza stessa della coscienza negli schiavi, la seconda aveva sostenuto

⁴⁰ A proposito di queste affermazioni di Montesquieu si vedano le significative osservazioni critiche del pastore anglicano Luzac che accompagnano il testo nella traduzione italiana curata da Antonio Genovesi: sul punto *infra*. Quanto al singolare accostamento tra il divieto della schiavitù volontaria e quello del suicidio nella prospettiva dei diritti inalienabili, a partire proprio dall'affermazione di Montesquieu, si v. il singolare contributo di J.D. Bradford William Short, *The Question of the Constitutional Case Against Suicide: An Historical and Originalist Inquiry into the Degree to Which the Theory of the Inalienable Right to Life and Liberty Is Enforced by the Thirteenth Amendment*, in *26 Issues in Law & Medicine*, 2010, 91ss.

⁴¹ Montesquieu, *op.cit.* 406. Per altro verso, scrivendo alla fine del Seicento, anche Locke, *Il secondo trattato sul governo*, Milano 1998, 93 aveva escluso, con argomenti simili, che potesse esserci schiavitù volontaria su base contrattuale, sostenendo che nei casi in cui ciò si verificava non si era in presenza in effetti di *slavery* bensì solo di *drudgery*, ossia di lavoro faticoso ed ingrato [più che di servitù come si legge nella traduzione italiana nella edizione qui utilizzata].

⁴² Condorcet, *Réflexions sur l'esclavage des nègres*, A Neufchate 1781, 11-12.

l'irrelevanza del colore della pelle; a sua volta, la storia aveva evidenziato l'assenza di legittimità nell'asservimento. Il diritto, infine, "ne reconnaît plus aucune validité à un prétendu contrat dont le titre n'existe pas, dont l'objet est illicite et dont les parties sont l'une sans libre arbitre, l'autre sans bonne foi"⁴³. Per altro verso, la letteratura, che non rinunciava alla tradizionale ripartizione delle fonti della schiavitù – violenza (guerra), ovvero contratto o nascita da madre schiava – si esprimeva in forme decisamente ambigue a proposito della fonte contrattuale. Infatti, il moderno cultore del diritto industriale, rovesciando significativamente il rapporto tra lavoro salariato e schiavitù, da una parte osservava che appunto "la convention d'esclavage est l'illicite exagération d'un contrat parfaitement licite et nécessaire à la vie des sociétés; celui par lequel on engage son travail et ses services. Sous les régimes qui admettent l'esclavage à titre d'institution légale et reconnue, on ne peut pas s'étonner que les conventions aillent jusqu'à le stipuler. Dall'altra, osservava che "Dans les temps de confusion et de désordre où la débilité des lois protégeait mal contre les violences, l'esclavage conventionnel était fréquent; les misérables et les faibles se choisissaient des maîtres parmi les forts et les riches, dont ils achetaient l'appui en se faisant leur chose"⁴⁴.

In definitiva, il rilievo assiologico riconosciuto ai diritti dell'uomo e alla loro inalienabilità portava, per chi si collocava nell'orizzonte ideale e culturale fondato su tali paradigmi, ad una comprensibile e logica contrazione dei fenomeni riconducibile alla schiavitù, sì da renderla di fatto introvabile ed invisibile in quella esclusiva forma nella realtà europea. La sintesi di questa impostazione si rinviene efficacemente in Stuart. Mill, secondo il quale "The principle of freedom cannot require that he should be free not to be free. It is not freedom to be allowed to alienate his freedom"⁴⁵.

L'esito singolare di questo processo di semplificazione del fenomeno, legato al solo richiamo al rigore logico-assiologico della declaratoria dei diritti totalmente disancorata dalla considerazione delle profonde diseguaglianze sociali presenti nella società che pur si ispirava a quella tavola di valori, si può immediatamente cogliere ove si pensi che se da una parte si escludeva radicalmente per le ragioni sopra richiamate che la riduzione in schiavitù, con l'instaurarsi della relativa situazione di assoggettamento totalitario, potesse avere origine consensuale e dunque derivare da contratto, dall'al-

⁴³ In questi termini si v. Cochin, *L'abolition de l'esclavage*, Parigi 1861, t.I, X.

⁴⁴ In questi termini, Renouard, *Du Droit industriel*, I, Parigi, 1860, 24.

⁴⁵ J.S. Mill, *On Liberty*, Kitchener 2001, 94. Ma già J. Rousseau, *Il contratto sociale*, in Id., *Scritti politici*, a cura di P. Alatri, Torino, 1970, p.726 aveva rimarcato, polemizzando con le posizioni giusnaturalistiche risalenti a Grozio, che "rinunciare alla propria libertà significa rinunciare alla propria qualità di uomo, ai diritti dell'umanità, e perfino ai propri doveri. Non vi è alcun indennizzo possibile per chi rinuncia a tutto. Una tale rinuncia è incompatibile con la natura dell'uomo, e togliere ogni libertà alla sua volontà significa togliere ogni moralità alle sue azioni".

tra quella stessa affermazione, ineccepibile in linea di principio e di logica giuridica, ben poteva condurre, una volta assunto che la schiavitù presume necessariamente la presenza di un atto di forza o di violenza, anche ad una inattesa conclusione: conclusione per la quale la presenza stessa di un contratto, ovvero di una manifestazione di autodeterminazione da parte del soggetto coinvolto, ancorché socialmente debole, potesse costituire un possibile ostacolo in ordine alla configurabilità in concreto della schiavitù o di forme a questa assimilabili⁴⁶ tanto più ove si fosse continuato ad indentificare la prima nella sola forma della *chattel slavery* secondo la rigorosa logica della proprietà assoluta.

In altri termini, l'integralismo ideologico alla base della nuova stagione dei diritti, nell'individuare il fenomeno da debellare, finiva inconsapevolmente per lasciare senza risposta la pur travagliata ed ancora incompiuta transizione verso l'avvento di autentici moderni rapporti di lavoro, a prescindere dal tema, che pure si riteneva significativo, in ordine all'instaurarsi di relazioni giuridiche di severa subordinazione sia pur limitate nel tempo, in contrapposizione a quelle di durata perpetua⁴⁷.

Al di là della mitizzazione legata al riferimento alla volontà negoziale e al sintetico quanto rapido passaggio dallo *status* al contratto, siffatta transizione, come sta evidenziando una recente copiosa letteratura storica, è rimasta affidata ad una pluralità di forme di non *free-labor*, di contratti di servitù debitoria, ovvero di forme varie di schiavitù contrattualizzata, nel segno della coesistenza tra lavoro libero e lavoro non libero, a prescindere dalla più gravi forme di sfruttamento sessuale: il

⁴⁶ Sul punto, si v. l'ampia ricostruzione prospettata da D. Ellerman, *Inalienable rights: A litmus test for liberal Theorise of Justice*, in 29 *Law and Philosophy* 2010, 571ss. È il caso di osservare che impostazioni ispirate al liberismo anarchico di Nozick e tendenti, in definitiva, ad ammettere la possibilità di una "schiavitù" volontaria, partono non solo da presupposti fattuali non facilmente riscontrabili nella realtà, ma, in sostanza, da una visione assai discutibile della nozione stessa di schiavitù. Infatti, questa impostazione colloca sullo stesso piano un contratto di lavoro, pur sempre perpetuo, fondativo di diritti e di doveri reciproci tra le parti tutelabili giurisdizionalmente con la situazione propria dell'asservimento in cui oggetto del contratto non è soltanto l'intera capacità di lavoro del soggetto, proiettata nel tempo in termini di *human capital*, ma la persona stessa del soggetto. Non può negarsi, a ben vedere, che la nozione di schiavitù è correlata biunivocamente a quella del contratto di lavoro. La contrapposizione è stata di recente sintetizzata in termini schematici da C. Mummé, *Property in Labour and the Limits of Contract*, destinato alla pubblicazione in U. Mattei e J. Haskell (a cura di), *The Handbook on Political Economy and Law*, Edgar, secondo cui "a proprietary method of labour regulation creates a relationship of slavery, in which the worker has no sovereignty over the self, and cannot leave the relationship. By contrast, contract is presented as an institution of choice, in which the worker chooses to enter and retains the capacity to exit", con la conseguenza che "if a proprietary form of employment regulation constitutes slavery, the contract of employment is an institution of individual freedom". Ma, il *proprium* del rapporto schiavistico è che il "controllo/dominio" esercitato sulla persona assoggettata va ben oltre la stretta relazione funzionale legata all'esecuzione delle prestazioni lavorative.

⁴⁷ A ben vedere, è nel quadro della repulsione per i rapporti "servili", per quanto non schiavistici in senso stretto, presenti nell'*Ancient Régime*, che può cogliersi la disposizione introdotta nell'art.1780 del *Code Civil* napoleonico secondo il quale – cito dalla edizione napoletana del 1808 – "Nessuno può obbligare i suoi servigi fuorché a tempo, o per una determinata impresa".

tutto nel quadro di una percezione culturale dei rapporti di lavoro per i quali la lunga durata della relazione di lavoro, che successivamente doveva apparire come una faticosa quanto ambita conquista della società industriale, oggi in via di quasi irreversibile dispersione, era viceversa valutata come manifestazione di quel sistema di relazioni servili se non schiavistiche in senso stretto che si andavano progressivamente superando e che bisognava superare. In definitiva, come è stato rimarcato efficacemente, la concreta distinzione binaria tra il “free wage labor” e la “slavery”⁴⁸ è il punto di arrivo di un lungo percorso nel quale i rapporti di lavoro hanno presentato molto spesso livelli significativi di coercitività⁴⁹, tali da prospettarsi ed essere considerati come forme di lavoro non volontario dai quali il lavoratore non poteva sfuggire senza incorrere in sanzioni penali⁵⁰.

È bene ricordare la critica che il pastore ugonotto Luzac muoveva alle affermazioni di Montesquieu sopra riportate, a conferma della tendenziale strutturarsi di una radicale distanza tra il piano assiologico dei diritti dell'uomo e della loro inalienabilità, quali positivamente andavano affermandosi nella esperienza giuridica di fine Settecento, e l'orizzonte criticamente aperto alle concrete situazioni materiali cui paradossalmente continuava ad ispirarsi la dottrina del diritto naturale. Infatti, a proposito della tesi sostenuta da Montesquieu in linea con la “doverosità” dei nuovi diritti in termini di loro inalienabilità, Luzac ebbe ad osservare: “è un pretto paralogismo il dire ‘se non è permesso l'uccidersi perché uno froda di sé stesso la patria, né pure è permesso il venderci’. Si confonde in questo luogo ciò che è stabilito dalla legge naturale, con ciò che prescrivono le leggi civili. Secondo i principii del diritto naturale è vietato l'uccidersi, perché non ci è permesso il toglierci ad una società, in cui Dio ci ha collocati per restarvi nelle differenti situazioni, nelle quali piacerà alla sua provvidenza di collocarci fino al momento che a sé ci chiami; le leggi civili per lo contrario permettono o proibiscono talora il suicidio secondo le opinioni di coloro che le hanno fatte. Secondo il diritto naturale è un dovere l'anteporre alla perdita della vita ogni mezzo; per cui si può conservarla, senza pregiudicare ai diritti d'un

⁴⁸ Sulla loro diversa presenza dialettica nel vecchio e nel nuovo continente nel corso dell'Ottocento si v. M. Cunliffe, *Chattel Slavery and Wage Slavery: The Anglo-American Context, 1830-1860*, Georgia press 2008.

⁴⁹ Sul rilievo della coercizione già nell'ambito del rapporto tra *master* e *servant* e sul persistente rilievo che essa assume in molte relazioni di lavoro si v. M. Gardiner, *His Master's Voice? Work Choices as a Return to Master and Servant Concepts*, in 31 *Sidney Law Review* 2009, 56ss.

⁵⁰ Sulla progressiva emarginazione della giurisdizione criminale in caso di violazione del rapporto tra *master* and *servant* nel corso dell'Ottocento, prima negli Stati Uniti e solo a fine di quel secolo in Inghilterra, si v. Wanjiru Njoya, *Property in Work: The Employment Relationship in the Anglo-American Firm*, Ashgate 2007, 27ss e, ancor prima da K. Orren, *Belated Feudalism: Labor, the Law, and Liberal Development in the United States*, cit. Sulla transizione, successiva all'abolizione della schiavitù, dal rapporto tra *master* and *servant* al contratto moderno di lavoro nelle colonie britanniche si v. D. Hay e P. Craven (a cura di), *Masters, Servants, and Magistrates in Britain and the Empire, 1562-1955*, Caroline Press, 2004.

terzo. Se adunque non ci rimane che quel solo della schiavitù, non solo questo è permesso, ma altresì siano tenuti a servirci di questo ultimo ripiego⁵¹.

La discussione sulla nozione di schiavitù, secondo che fosse considerata come oggetto semplice deplorazione ovvero come fenomeno da abrogare, era a ben vedere tutta interna, ove considerata nell'esclusiva valenza operosa del lavoro, alla lenta e faticosa trasformazione del mondo produttivo. In questo, infatti, il lavoro c.d. mercenario, fondato sul salario e su un rapporto a tempo determinato, avrebbe progressivamente preso il sopravvento, pur nelle forme assai dure della prima industrializzazione⁵², a fronte delle manifestazioni premoderne riconducibili appunto alla schiavitù ovvero alla servitù perpetua, secondo quella variegata morfologia pur sempre e non a caso ricompresa, sulla base di una lunga tradizione culturale nelle relazioni tra *master* e *servant*⁵³ e che era presente e letta in termini analoghi, a quelle

⁵¹ L'argomento prospettato da Luzac e che si legge nella edizione curata da Genovesi dell'opera di Montesquieu, Milano 1858 vol.II 108 nt.1, a ben vedere, è in linea con la tradizione della scuola di diritto naturale inaugurata da Grozio. È sufficiente, al riguardo, richiamare quanto aveva già sottolineato Eneccio, *Elementi del diritto di natura e delle genti*, libro II, cap. IV, § 78-79 Napoli, 1839, vol.II, 50ss, secondo il quale "...l'esperienza c'insegna che alcuni uomini sono dotati di una indole tanto servile, che non possono altrimenti governare se stessi né la loro famiglia, né provvedersi dei soccorsi necessari per essi e per coloro che gli appartengono ... segue perciò che non si fa contro il dovere se perpetuamente si sottomettono a questa condizione di servire gli altri.... Inoltre, alcuni per altro non tanto stupidi possono essere costretti dall'estrema povertà, o da calamità pubbliche o private a voler piuttosto servire che morir di fame ... sovrastandogli la morte e la servitù, la stessa retta ragione persuade di scegliere da questi due mali fisici il minore: segue che non deve ascriversi a vizio se colui che posto in questa circostanza dalla sua fortuna, e non avendo altro mezzo onesto per evitar la morte, si sottomette alla servitù". In un contesto critico avverso il processo di industrializzazione intervenuto nel corso dell'Ottocento, siffatti argomenti saranno rovesciati, nel denunciare la situazione assai critica del proletariato: si v. al riguardo, F. Lammenais, *De l'esclavage moderne suivie de la servitude volontaire*, Parigi 1839, 18 secondo il quale "Qu'est aujourd'hui le prolétaire à l'égard du capitalisme? Un instrument de travail. Affranchi par le droit actuel, légalement libre de sa personne, il n'est point, il est vrai, la propriété vendable, achetable de celui qui l'emploie. Mais cette liberté n'est que fictive [...]. Les chaînes et les verges de l'esclavage moderne, c'est la faim".

⁵² Nell'accesa polemica intorno alla schiavitù, emersa agli inizi dell'Ottocento negli Stati Uniti, tra quelli del Nord e quelli del Sud, uno degli argomenti avanzati per contrastare le posizioni abolizionistiche nordiste era proprio quello di contrapporre la schiavitù visibile, basata anche sulla catene ai piedi, presente negli stati del Sud per uomini di colore, soggetti ad un singolo padrone, alla schiavitù *invisibile* alla quale si ritenevano fossero assoggettati i lavoratori bianchi presenti al Nord e alle prese con una pluralità di padroni: sul punto si v. Pdraig Griffin Riley, *Northern Republicans and Southern Slavery: Democracy in the Age of Jefferson, 1800-1819* ProQuest, 2007,82-83. Sulla *white servitude* presente negli States e ben diversa ovviamente dalla slavery diffusa in prevalenza negli Stati del Sud, si v. il lavoro, ormai ritenuto un classico di E. Williams, *Capitalism & Slavery*, North Caroline Press 1944,18ss.

⁵³ Su questa lunga tradizione per la quale sino agli anni sessanta del Novecento a proposito dei rapporti di lavoro si è fatto sempre riferimento nel linguaggio giuridico alla relazione tra *master* e *servant* si v. l'importante studio di Kahn-Freund, *Blackstone's Neglected Child: The Contract of Employment in 93 Law Quarterly Review* 1978,508ss. Quanto alle origini inglesi del rapporto tra *master* e *servant*, si v. la pregevole sintesi offerta da Hay e Craven (a cura di), *Masters, Servants, and Magistrates in Britain and the Empire, 1562-1955*, Caroline Press 2004; su tale rapporto, di non poco rilievo per comprendere l'approccio alla nuove forme di

proprie della comunità domestica anche nell'approccio dei cultori del diritto naturale continentale⁵⁴.

Al fine di meglio comprendere il quadro europeo entro cui si collocò la riflessione sull'abolizione della schiavitù, rispetto a ciò che, anche in termini polemici con l'Europa, si andò elaborando negli Stati Uniti nei primi dell'Ottocento, è opportuno rammentare che tanto la cultura giuridica anglosassone quanto quella dell'Europa continentale, pur continuando a dare rilievo positivo alla schiavitù, tendevano a prendere le distanze dalla rigorosa applicazione del modello strettamente proprietario di origine romanistica. Come già osservato in precedenza, nella sistemazione offerta da Pufendorf, se da un lato la schiavitù si presenta in forme diverse per durezza e rigore, in ragione delle sue varie fonti, ma pur sempre sul comune presupposto di una adesione del soggetto alla condizione di asservimento, dall'altro nel suo insieme essa continua ad essere "collocata" nei rapporti presenti in seno alla comunità domestica⁵⁵, accanto a quelli familiari, in linea con l'evoluzione della precedente organizzazione feudale. In questa via, è sul suo confine, che trova collocazione la figura del "lavoro mercenario", ossia il lavoro dichiaratamente contrattualizzato e non perpetuo che poi avrebbe caratterizzato sempre di più la società industriale, a partire dall'esperienza emersa negli Stati Uniti⁵⁶.

lavoro non libero, si v. il contributo di M.L. Pesante, *Come servi. Figure del lavoro salariato dal diritto naturale all'economia politica*, Milano, 2013, 29ss. È bene rammentare che nella configurazione del rapporto tra *master* e *servant* il profilo contrattuale moderno era assente: sul punto, si v. per tutti M. Magnani, *La categoria contratti di lavoro e la tradizione anglosassone*, in M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano 2003, 199ss.

⁵⁴ Senza qui richiamare una letteratura assai vasta, è a partire da A. Smith che sul piano stesso della analisi economica si è cominciato a mettere in discussione l'efficienza del lavoro schiavistico in alternativa al lavoro salariato. Al tempo stesso, a prescindere dalle forme giuridiche di sfruttamento che dovevano affermarsi nel mondo delle relazioni di lavoro per lungo tempo, in attesa di quei sistemi di sicurezza sociale che sarebbero intervenuti verso la fine dell'Ottocento, la contrazione di questa giustificazione avverso la schiavitù finì con l'essere ampiamente bilanciata nella prospettiva prima della continuata conservazione della schiavitù e poi, una volta abolita questa, della sola discriminazione, sulla base esclusiva del pregiudizio razziale, secondo la pessimistica quanto lucida lettura degli eventi che Tocqueville aveva prospettato nei primi decenni dell'Ottocento: sul punto si v. supra la nt. 12.

⁵⁵ Questo indirizzo, tendenzialmente critico con l'impostazione che si imputava ad Aristotele, era già presente negli epigoni della tarda scolastica spagnola: sulle posizioni di de Soto, tendente a rileggere il *dominium* del padrone nei confronti dei servi in una prospettiva non meramente proprietaria, J.M. Kelly, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna 1996, 247-48.

⁵⁶ La prospettiva indicata nel testo appare lucidamente colta da J. Schouler, *A Treatise on the Law of domestic relations* Boston², 1874, 599, il quale, a proposito del rapporto tra *master* e *servant*, pur sempre inserito nella riflessione sulle *domestic relations*, ma chiaramente comprensivo anche dei rapporti più moderni di lavoro, così lo presentava: "Hence it may be pronounced as a relation of more general importance in ancient than in modern times, and better applicable at this day to English than American society. Master and servant has, nevertheless, been uniformly regarded as one of the domestic relations. In lands where human slavery is lawfully recognized, it is pre-eminently so; and thus were its foundations deeply laid in the civil law".

Nel nuovo mondo, infatti, l'inevitabile estraneazione delle relazioni sociali dai modelli ereditati dal sistema feudale e dalla società aristocratica, persistenti a quel tempo anche solo in termini culturali in Europa, in particolare in Inghilterra ed in Germania, doveva portare progressivamente ad una diversa lettura del fenomeno schiavistico in una duplice direzione: da un lato, quella volta ad indentificare la schiavitù nella sua più rigorosa e rigida impostazione "dominica", con la conseguenza di sottrarla ad una commistione con i rapporti tra *master* e *servant* propri della comunità domestica⁵⁷; dall'altro, quella restia sempre di più, per via dei connotati "democratici" della società nord-americana già individuati da Tocqueville⁵⁸, a dare, al tempo stesso, credito a questo secondo modello relazionale di origine feuda-

⁵⁷ Significativo quanto si legge nella decisione *The State v. Mann* dello North Caroline, riportata in Wheeler, *A Practical Treatise of the Law of Slavery*, cit. 244ss, in part. 246. In quel caso, il giudice Ruffin, pur consapevole della crudeltà e della rigidità della schiavitù e pur ripudiandola sul piano morale, escludeva la riconducibilità dei rapporti proprietari alla base della schiavitù tra quelli propri delle *domestic relations*, posto che, a suo dire, sulla base del diritto allora vigente i primi non potevano che essere ispirati alla salvaguardia esclusiva del profitto del padrone per cui "the power of the master must be absolute, to render the submission of the slave perfect" e, come tali, fondati su paradigmi ben diversi da quelli alla base delle relazioni domestiche. La conclusione di quel magistrato rifletteva la realtà posto che se in linea teorica il paternalismo proprio dei rapporti domestico-familiari poteva prevedere una possibile "elevazione" culturale del sottoposto, in alcuni Stati schiavistici americani erano puniti con la frusta eventuali acquisizioni della disponibilità di libri da parte di uno schiavo (non solo la Bibbia), ovvero la semplice partecipazione a riunioni che potessero avere per oggetto "l'istruzione mentale" (per questi riferimenti si v. Molinari, voce *Esclavage*, in Coquelin (a cura di), *Dictionnaire de l'économie politique: contenant l'expositions des principes de la science*, tomo I, Parigi 1853, 723). In altri termini, nella società nord-americana, peraltro già acutamente descritta da Tocqueville, era sempre più netta la distinzione tra famiglia e impresa, a fronte viceversa di una società, quale quella europea, in cui la modernizzazione dell'economia era intervenuta – si pensi, in particolare all'Inghilterra e alla Germania –, attraverso la trasformazione interna, senza strappi rivoluzionari, del sistema di relazioni sociali di origine feudale che aveva trovato la sua configurazione nella relazione tra *master and servant*.

⁵⁸ Al riguardo, è esemplare la finissima analisi sociologica elaborata da A. Tocqueville, *La democrazia in America*, Milano 1962 nel cap. V della parte terza su "Come la democrazia modifica i rapporti fra padrone e servitore", 593ss. Nella consapevolezza della complessa situazione dovuta alla presenza della schiavitù negli Stati del Sud e della particolare posizione degli affrancati negli Stati del Nord, allo sguardo acuto dello studioso europeo non sfuggì peraltro anche il fatto che in via generale le relazioni di lavoro negli States avevano perso le connotazioni proprie della società aristocratica europea, per acquisire quelle della moderna democrazia, fondata sulla mobilità sociale e, dunque sulla possibilità che "il servitore può divenire padrone e aspira a diventarlo; egli non è dunque un uomo diverso dal padrone". In altre parole, la relazione tra tali soggetti appare ai suoi occhi puramente contrattualizzata: è solo nei limiti del contratto che "l'uno è servitore, l'altro padrone; al di fuori sono due cittadini, due uomini" ... "i padroni esigono dai servitori solo l'esecuzione fedele e rigorosa del contratto; non domandano uno speciale rispetto né reclamano da loro amore e sacrificio, ma si contentano di trovarli puntuali e onesti". Dall'altra i lavoratori "una volta scelta una condizione dura, non cercano di sottrarsi indirettamente e rispettano abbastanza se stessi per non rifiutare ai padroni un'obbedienza che hanno liberamente promessa". In realtà, nell'esperienza nord-americana il modello tradizionale fondato sulla relazione tra *master e servant*, ossia quello in cui la violazione del rapporto da parte del lavoratore era sanzionata penalmente è stato concretamente operativo per lungo tempo, ove si pensi che il sistema dell'"imposizione" del lavoro, a partire da quello riguardante gli ex schiavi, si basava sulla persecuzione penale del vagabondaggio, ossia della "vagrancy": sul punto si v. Orren. *op. cit.*, 74ss.

le anche nei rapporti domestici: ossia proprio il modello c.d. paternalistico che, viceversa, in Europa continuava ad essere socialmente diffuso, tanto da costituire, nella riflessione giusnaturalistica il più ampio quadro in cui collocare anche le relazioni tra padrone e schiavo e tale da persistere nel linguaggio e nella cultura giuridica anglosassone sino al Novecento, nonostante il suo effettivo superamento da parte del moderno diritto del lavoro.⁵⁹

Come dire, dunque, che, a differenza di quanto emergeva nei modelli culturali europei, negli Stati Uniti il movimento abolizionistico emerso alla fine del Settecento si orientava polemicamente, nel quadro di un acceso dibattito sulla *slavery* svoltosi sino alla conclusione della guerra civile⁶⁰, non solo contro la *slavery*, assunta secondo il paradigma proprietario di origine romanistica, negando altresì la sua origine negoziale⁶¹, ma anche avverso quelle forme di asservimento paternalistiche solo apparentemente volontarie, evocate dalla formula della così detta *involuntary servitude*⁶²: formula, questa ultima, destinata ad una significativa vitalità sino ai giorni nostri⁶³.

3. Nelle pagine precedenti si è prospettata la presenza nell'esperienza giuridica "occidentale", a partire dalla seconda parte del Settecento, di due diverse declinazio-

⁵⁹ Sul punto si rinvia per tutti a M. Magnani, *La categoria contratti di lavoro e la tradizione anglosassone* cit. È il caso di osservare che una singolare conservazione della prospettiva propria della comunità domestica continua a sussistere nelle situazioni in cui assume rilievo la presenza della convivenza. Appaiono significativi non solo la fattispecie di reato di cui parla l'art.572 su maltrattamenti a familiari e conviventi e che abbraccia proprio tutte le relazioni presenti nella antica comunità domestica, ma, soprattutto, il fatto che nella recente giurisprudenza si sia concretamente utilizzata questa fattispecie incriminatrice in situazioni in cui si è negata, assai discutibilmente, la sussistenza del reato di schiavitù: a proposito della vicenda sottesa alla decisione di Cass.penale 9 giugno 2014, n. 24057 si v. *infra* nt.85.

⁶⁰ Al riguardo si v. il recente lavoro di D.F. Ericson, *The Debate Over Slavery: Antislavery and Proslavery Liberalism in Antebellum America*, NYU Press 2000, ivi ampi riferimenti bibliografici sulle ricerche storiche degli ultimi decenni.

⁶¹ Non è un caso che le impostazioni "liberali" a favore della conservazione della schiavitù ne prospettavano l'origine convenzionale, riprendendo la tradizione dei giusnaturalisti europei: origine, che per quanto, ovviamente, del tutto forzata sul piano storico, risultava culturalmente ed ideologicamente preziosa per contrastare il movimento abolizionista, sino al punto da ispirare, nel corso della guerra civile, ben sei Stati nordamericani ad adottare provvedimenti legislativi che permettevano a persone di colore di scegliersi un padrone e diventare schiavi per la vita: sul punto si v. J. Philmore, *The Libertarian Case for Slavery*, in XIV *The Philosophical Forum* 1982, 47.

⁶² A proposito della quale, non deve sorprendere per le ragioni esposte nel testo che il giudizio di disvalore, già emerso ai primi dell'Ottocento negli Stati Uniti, sia rimasto costante nel tempo, anzi, se mai, si è rafforzato: nel 1947 il Tribunale militare degli Stati Uniti nel caso *US v Oswald Pohl and Others*, non aveva dubbi nel ribadire che "There is no such thing as benevolent slavery. Involuntary servitude, even if tempered by humane treatment, is still slavery"

⁶³ Sull'ascendenza di questa formula, nella configurazione della schiavitù nella dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948 si v. per tutti Dottridge, *Some implications of using the term 'modern slavery'*, del febbraio 2014, rinvenibile nel sito www.thetraffickingresearchproject.com.

ni della nozione giuridica di schiavitù, l'una, quella accolta dall'illuminismo europeo, rigorosamente ancorata al modello dominicale di fonte romanistica e dunque contraria ad ammettervi forme c.d. "consensualistiche" alternative al solo uso brutale della forza e della violenza e l'altra, quella nord-americana, incline, nel disvalore, a porre accanto alla schiavitù romanistica anche altre forme "ibride" di subordinazione non riconducibili, al di là del puro consenso del soggetto coinvolto, al vero e proprio libero contratto di lavoro salariato.

Al di là dell'ambiguità, registrate nella prassi interpretativa, circa la formula "involuntary servitude" accomunata alla "slavery" nel tredicesimo emendamento della Costituzione americana introdotto quale esito della fine della guerra civile e della sconfitta del Sud schiavista, è indubbio che l'area operativa del divieto presente nella esperienza giuridica nord-americana risulta ben più ampia di quella che si rinviene nei paesi europei per lunga parte dell'Ottocento sino ai primi decenni del Novecento.

A voler limitarsi, alla sola esperienza italiana, il codice penale Zanardelli aveva adottato nell'art.145 c.p. una formula, poi transitata anche nel codice Rocco, che si riferiva espressamente alla "schiavitù" ovvero ad una "condizione analoga". Nel solco di un'impostazione fedele ai paradigmi oramai acquisiti nella cultura europea dell'epoca, entrambe le espressioni utilizzate apparivano riprendere la stretta nozione dominicale del fenomeno legato all'asservimento di un essere umano, ossia alla sua *riduzione* in schiavitù. Sicché, all'esclusione quanto all'ammissibilità di una possibile fonte negoziale della schiavitù si affiancava, nel segno del limitato spettro operativo della fattispecie, la tendenza di parte della dottrina ad individuare la presenza del fenomeno, ai fini della repressione penale, nella sua versione strettamente giuridica. Inevitabilmente, si finiva con il rinviare ad ipotesi che traevano origine da ordinamenti stranieri che ammettevano ancora la schiavitù: di qui, l'eccezionalità della applicazione della norma. Più discussa, viceversa, appariva l'applicazione della norma anche alla versione semplicemente "di fatto" del fenomeno: versione, quest'ultima, che appariva, ovviamente, di delicata e difficile gestione, data l'indeterminatezza degli indici da utilizzare per individuarne la ricorrenza e comunque di difficile quanto eccezionale riscontro visto il rigoroso modello cui legare sia pure sul piano del fatto la relazione analogica.

Sotto questo profilo, e senza qui prospettare una analisi adeguata, è indubbio che il nuovo assetto della disciplina introdotto nel codice penale c.d. Rocco del 1930 da un lato intendeva restare fedele all'impianto ereditato dall'Ottocento, dall'altro fornire una risposta più soddisfacente quanto al fenomeno della schiavitù o condizione analoga "di fatto". In particolare, se da una parte l'art.600, ereditando in pieno il lascito di cui all'art.145, ha continuato a fare riferimento alla "schiavitù" e "a condizioni analoghe" entrambe assunte come singolari "situazione giuridiche", come tali

del tutto impossibili alla luce del diritto positivo nazionale⁶⁴, dall'altra, la diversa ed autonoma fattispecie penalistica di cui all'art.603, in precedenza ignota, e riferita al plagio, voleva essere una prima specifica quanto autonoma individuazione della condizione schiavistica "di fatto". Ma in questo ultimo caso, proprio la fedeltà al paradigma elaborato dall'illuminismo che negava la ricorrenza della schiavitù in assenza di un atto di forza e di un assoggettamento *materiale*, ossia in presenza soltanto di un atto di autodeterminazione dell'assoggettato, ha indotto il legislatore del 1930 a dare rilevanza ad una nuova forma fattuale di asservimento e di dominio, altrimenti invisibile, fondata sulla ricorrenza di un assoggettamento, anche solo *psichico*, in grado di annientare totalmente la volontà e, dunque, l'autodeterminazione di un soggetto caduto in stato di totale soggezione sotto il potere di un altro⁶⁵.

A fronte di questa impostazione che in concreto permetteva di sottoporre a sanzione penale, esclusa fatta per l'ipotesi del traffico, fenomeni dovuti alla sempre più eccezionale e residuale compresenza di ordinamenti giuridici postschiavistici con altri ancora attardati sul piano del riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo, è sul versante delle convenzioni internazionali del Novecento che è dato registrare il progressivo affermarsi, sia pure attraverso un processo faticoso e lungo, della definizione più ampia del fenomeno schiavistico, a partire da quella che si era andato profilando nella prima esperienza di uno stato democratico repubblicano come appunto quello degli *States*.

Si è trattato, a ben vedere, di un processo estremamente faticoso e complesso che è dato cogliere non solo dall'analisi puntuale dei lavori preparatori relativi rispettivamente alla Convenzione del 1926, adottata dalla Lega delle Nazioni e poi nel 1953 accolta dalle Nazioni Unite, nonché a quella aggiuntiva intervenuta nel 1957⁶⁶,

⁶⁴ Facendo ciò, come ebbe opportunamente a rimarcare la Corte cost. 9 aprile 1981, n.96, il legislatore patrio non aveva tenuto conto, novellando nel 1930 il codice penale, della Convenzione del 1926 sulla schiavitù pur divenuta legge interna con il r.d. 26 aprile 1928 n.1723.

⁶⁵ Su questa impostazione, che di fatto rendeva impossibile il reato di riduzione schiavitù in senso stretto ex art. 600, è intervenuta, dopo il famoso caso Braibanti, la sentenza della Corte costituzionale (est. Volterra) n. 96 del 9 aprile 1981 che, da un lato ha ritenuto che l'art.600 comprende nella repressione sia la servitù di diritto sia quella di fatto, ossia "status" e semplice "condizione", pur sempre fondate su un assoggettamento *materiale*, dall'altra ha dichiarato la illegittimità costituzionale del reato di "plagio" ex art. 603 a causa dell'indeterminatezza dell'assoggettamento semplicemente psichico ai fini della individuazione di una precisa fattispecie incriminatrice. A prescindere dall'intervento interpretativo della corte costituzionale, la giurisprudenza successiva per molti anni ha continuato a interpretare l'art.600 come se questo si riferisse sempre e soltanto alla presenza di una condizione giuridica e non anche di solo fatto: preziosa al riguardo, si v. la precisa messa a punto offerta soltanto alla metà degli anni novanta da Cass. Pen. 20 novembre 1996 n.261 e Cass. Pen. 19 maggio 1998 n.7929. Le disposizioni incriminatrici di cui al codice Rocco sono state successivamente sostituite con la riforma intervenuta nel 2003: sulle nuove disposizioni penalistiche contro la schiavitù si rinvia per tutti a F. Resta, *op.cit.*

⁶⁶ Sul punto è fondamentale il recente contributo di J. Allain, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

ma anche dalla giurisprudenza delle corti internazionali in cui continuano ad emergere posizioni differenziate di non poco momento, oltre a rilevanti oscillazioni ermeneutiche⁶⁷.

In termini sintetici può dirsi che siffatto processo si indirizza verso una visione articolata del fenomeno schiavistico che, dunque, abbraccia una pluralità di situazioni lungo due fondamentali linee direttrici. Da una parte, esso muove in direzione del superamento della monolitica concezione dominicale della schiavitù, a favore di una fattispecie a maglie più larghe che permette altresì di individuare situazioni meno gravi per quanto sempre proibite, in termini di semplice stato servile, dall'altro si indirizza a favore dell'individuazione di situazioni diverse, assimilabili nella sostanza alla schiavitù, in termini di lavoro forzato, di asservimento per debiti etc.

Situazioni, queste ultime, più facilmente ricorribili nel nostro tempo, sia per via della migrazione di tanti diseredati dai paesi più poveri verso quelli più ricchi, sia perché nell'attuale epoca lo sfruttamento schiavistico di esseri umani, oggi favorito dai fenomeni migratori or ora richiamati, presenta connotati totalmente diversi da quelli delle epoche passate in cui esso si inseriva in un vero e proprio sistema sociale contribuendo alla sua fisiologica conformazione.

Attualmente, infatti, la condizione schiavile, ove ricorrente, non è mai perpetua, posto che l'interesse degli sfruttatori è orientato al solo impiego intensivo della forza lavoro di soggetti socialmente "debolissimi" limitatamente al periodo di tempo in cui per età essi sono in grado di fornire le "utilità" attese, siano esse di solo duro lavoro o di sfruttamento a fini sessuali. Siffatto sfruttamento si presenta fuori dal mercato del lavoro, in evidente antagonismo con lo stesso, attecchendo in aree so-

⁶⁷ Infatti nel caso *Siladin v. France* del 2005, a proposito dell'applicazione dell'art.4 (su cui v. *infra* nel testo) secondo il quale "Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù", la Corte europea dei diritti dell'uomo, probabilmente sulla scorta dell'avvenuta sostanziale equiparazione nel divieto tra la schiavitù e la servitù, ha sostenuto che la definizione di schiavitù contenuta nella Convenzione del 1926 "corresponds to the "classic" meaning of slavery as it was practised for centuries". Viceversa, la Appeal Chamber del Tribunale penale internazionale per i crimini commessi in Yugoslavia, nella sua pregevolissima decisione del 12 giugno 2002 nel caso *Kunarac and Others*, nel fare riferimento al medesimo articolo di tale convenzione, ha chiarito, sul punto, l'interpretazione già accolta dal Tribunale di primo grado. In particolare ha sostenuto che "The Appeals Chamber accepts the chief thesis of the Trial Chamber that the traditional concept of slavery, as defined in the 1926 Slavery Convention and often referred to as "chattel slavery", has evolved to encompass various contemporary forms of slavery which are also based on the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership. In the case of these various contemporary forms of slavery, the victim is not subject to the exercise of the more extreme rights of ownership associated with "chattel slavery", but in all cases, as a result of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership, there is some destruction of the juridical personality; the destruction is greater in the case of "chattel slavery" but the difference is one of degree". Per una lettura analitica delle due decisioni, al centro dell'attenzione della dottrina, si v. tra gli altri M. Cavallo, *Formes contemporaines d'esclavage, servitude et travail force: le TPIY et la CEDH entre passe et avenir*, in *Droit fondamentaux* 2006, n.6°. Sulle ricadute del caso *Siladin* nella esperienza legislativa francese si v. *infra* nel testo.

ciali ed in sfere di attività sommerse che vengono esercitate ai margini della legalità, se non a stretto contatto con la delinquenza organizzata, manifestandosi con articolate modalità che si allontanano dal modello dominicale assunto nella sua integrale radicalità.

Ebbene, già nella convenzione del 1926, la definizione di “slavery” accolta nell’art.1 secondo la quale appunto “Slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised” si discosta sensibilmente dalla visione puramente dominicale monolitica ricevuta dalla tradizione, sol che la si ponga a confronto con quella presentata nell’originario British Draft, poi disatteso, secondo il quale “slavery is a status in which one person exercise a right of property over another”. Infatti, la riconosciuta sufficienza per la sua ricorrenza dell’esercizio anche di uno solo dei poteri riconducibili all’esercizio della proprietà su una persona indubbiamente si è ispirato ad una visione decisamente ampia e aperta del fenomeno in grado di comprendere, come si ricava dai lavori preparatori, anche situazioni diverse⁶⁸. Se è pur vero che la definizione di cui alla convenzione del 1926 prende l’avvio dalla definizione “romanistica”, ossia quella squisitamente ispirata al modello proprietario, è indubbio che l’intento era quello di non esigere per la ricorrenza del fenomeno da reprimere la sua presenza compiuta. Come ebbe a sottolineare il Report elaborato dalle Nazioni unite nel 1953 se da una parte la convenzione del 1926 richiamava pur sempre la *dominica potestas* romanistica, dall’altra la ritenuta sufficienza circa la presenza anche di una delle manifestazioni tipiche dell’assetto proprietario era finalizzata proprio all’emanciparsi progressivo da quella con l’effetto fondamentale di estendere il divieto non solo alla schiavitù “di diritto”, ossia con riferimento alle situazioni ammesse in alcuni ordinamenti giuridici, ma aprire le porte definitivamente e senza più dubbi anche alle situazioni di asservimento di mero fatto⁶⁹. Ed è proprio nella prospettiva di aggredire

⁶⁸ Secondo Bales e Robbins, *No One Shall Be Held in Slavery or Servitude: A critical analysis of international slavery conventions* cit., elementi indiziari quanto alla ricorrenza della slavery possono dedursi prendendo in esame tra gli altri i seguenti elementi: (a) whether or not an individual has freedom of movement and choice of work, and, if not, what restrictions are placed on this freedom; (b) whether or not an individual has control over his or her own productive capacity and his or her personal belongings and wages; (c) whether or not an individual has given informed consent and understands the nature of the relationship between himself or herself and the other person(s) involved. Preziose, al riguardo sono, altresì, le recenti *The Bellagio-Harvard Guidelines on the Legal Parameters of Slavery* che si leggono in 14 GLOBAL DIALOGUE n.2, 2012—*Slavery Today* a cui si rinvia.

⁶⁹ In questi termini si è espresso l’United Nations, Economic and Social Council, Slavery, the Slave Trade, and other forms of Servitude (Report of the Secretary-General), UN Doc. E/2357, del 27 gennaio del 1953 il quale individuava come caratterizzanti la schiavitù i seguenti profili: 1. the individual of servile status may be made the object of a purchase; 2. the master may use the individual of servile status, and in particular his capacity to work, in an absolute manner, without any restriction other than that which might be expressly provided by law; 3. the products of labour of the individual of servile status become the property of the

la schiavitù in tutte le sue forme e manifestazioni da quelle più radicali a quelle meno intense che la convenzione del 1926, pur senza ulteriori precisazioni, ha preso in considerazione, ai fini della repressione, anche ipotesi di compulsory or forced labour.

La necessità di accogliere una nozione ampia del fenomeno, nella consapevolezza crescente della sua articolazione, si rinviene, del resto, ove si considerino non solo le convenzioni internazionali più recenti, ma soprattutto la loro crescente acquisita funzione orientativa tanto delle legislazioni nazionali quanto delle prassi interpretative che sia pure con talune oscillazioni emergono nelle realtà dei singoli paesi.

A questo riguardo, senza pretese di completezza, alla luce dei limiti del presente contributo, è sufficiente innanzitutto rimarcare che la convenzione sulla tutela dei diritti dell'uomo del 1948, ispirandosi al modello nord-americano, da un lato ha accomunato nel divieto di cui all'art.4 la schiavitù e la servitù, nella scia in definitiva tanto dell'espansione dell'area destinata alla tutela dei diritti inalienabili dell'uomo quanto, al tempo stesso, dello strutturarsi progressivo di discipline positive finalizzate alla salvaguardia dei lavoratori nei rapporti di lavoro, dall'altro ha preso in considerazione anche il lavoro forzato⁷⁰. A sua volta, la *Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery* adottata nel 1956, ha provveduto a puntualizzare in termini più precisi le situazioni da ritenersi assimilate alla schiavitù di cui parlava la convenzione del 1926. In tal modo tra le *Institutions and practices similar to slavery* hanno avuto riconosci-

master without any compensation commensurate to the value of the labour; 4. the ownership of the individual of servile status can be transferred to another person; 5. the servile status is permanent, that is to say, it cannot be terminated by the will of the individual subject to it; 6. the servile status is transmitted *ipso facto* to descendants of the individual having such status.

È significativo osservare che la diversa moderna sensibilità al tema ha modificato lo stesso approccio ermeneutico nel senso che la convinzione sempre più diffusa circa l'impossibilità giuridica della proprietà in senso compiuto su di una persona induce necessariamente in primo luogo ad interpretare le formule legislative repressive in funzione esclusiva della "schiavitù di fatto", la cui individuazione è inevitabilmente più aperta: in questi lucidi termini si v. la importantissima decisione della *High Court* Australiana nel primo caso di *slavery* su cui si è pronunciata relativa al caso *Queen v. Tang*, del 28 agosto 2008 (*The Queen v Tang* [2008] HCA 39. Su questa pronuncia, la quale ha tenuto conto sia della decisione *Siliadin v France* della corte Europea dei diritti dell'uomo sia della sentenza *Kunarac* della corte penale internazionale già citate, si v. I. Kolodizner, *R v Tang: Developing an Australian Anti-Slavery Jurisprudence*, in 31 *Sidney L.Rev.* 2009,487ss

⁷⁰ Infatti l'art. 4 così dispone: 1. Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù. 2. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio. 3. Non è considerato «lavoro forzato od obbligatorio» ai sensi del presente articolo: (a) il lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta alle condizioni previste dall'articolo 5 della presente Convenzione o durante il periodo di libertà condizionale; (b) il servizio militare o, nel caso degli obiettori di coscienza nei paesi dove l'obiezione di coscienza è considerata legittima, qualunque altro servizio sostitutivo di quello militare obbligatorio;(c) qualunque servizio richiesto in caso di crisi o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità; (d) qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civici".

mento, tra l'altro, le ipotesi di *debt bondage* e di *serfdom*⁷¹. In questa medesima linea del resto si è collocata altresì l'art.8 dell' *International Covenant on Civil and Political Rights* adottato dalle Nazioni Unite nel 1966, nel proibire rispettivamente non solo la *slavery*, *il slave-trade in all their forms*, ma anche la *servitude* e il *perform forced or compulsory labour*⁷².

4. Quanto alla definizione generale di schiavitù è importante osservare che il progressivo estendersi del ricorso a quella contenuta nella Convenzione del 1926, ponendosi sempre di più l'accento sulla condizione più che sullo status, e dunque, puntando tutto sulla centralità della schiavitù di fatto ha trovato un suo fondamentale arricchimento nella definizione accolta nel *Criminal Code Amendment (Slavery and Sexual Servitude) Act 1999* adottato in Australia il quale alla affermazione secondo cui "*slavery is the condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised*" ha aggiunto quale inciso finale la frase "*including where such a condition results from a debt or contract made by the person*".

In realtà, il più significativo ampliamento della prospettiva volta, in definitiva, a sdrammatizzare lo specifico problema relativo alla individuazione della nozione di slavery, perseguita sia con il superamento del rigido modello proprietario, sia dell'assimilazione alla stessa di situazioni di assoggettamento in cui pur sempre viene mortificata la personalità della vittima, è emerso in ragione del singolare e drammatico articolarsi delle funzioni che la prassi criminale ha assegnato allo condizione "schiavistica" per cui si è venuto registrando negli ultimi tempi un singolare sviluppo del traffico internazionale di essere umani, sia nei paesi più poveri, sia da questi ultimi verso quelli in grado di ospitare l'utilizzo in forme schiavili di tali esseri umani: traffico in cui il dato razziale tende a risultare sempre più marginale.

In altre parole, accanto ai mutamenti strutturali legati allo sfruttamento temporaneo della sola forza lavoro di soggetti socialmente deboli⁷³, il mutamento più si-

⁷¹ In ordine al *debt bondage*, l'art.1 del supplemento di Convenzione del 1956 parla di the status or condition arising from a pledge by a debtor of his personal services or of those of a person under his control as security for a debt, if the value of those services as reasonably assessed is not applied towards the liquidation of the debt or the length and nature of those services are not respectively limited and defined: Quanto alla *serfdom*, nel medesimo articolo si parla di the condition or status of a tenant who is by law, custom or agreement bound to live and labour on land belonging to another person and to render some determinate service to such other person, whether for reward or not, and is not free to change his status. È opportuno osservare che il riferimento tanto allo status quanto alla semplice condizione è in linea con la prospettiva aperta della definizione di slavery accolta nella convenzione del 1926.

⁷² Con la significativa eccezione, per questa ultima ipotesi, dei casi in cui si tratta di lavoro forzato previsto come forma di sanzione penale negli Stati che l'ammettono.

⁷³ Sulle orme di Bales, J. Quirk, *Inventing modern slavery: from the Slave Trade to Human Trafficking*, rinvenibile in www.tubmaninstitute.ca ha così sintetizzato la distinzione tra la vecchia e la nuova schiavitù: *old slavery*

gnificativo emerso nella seconda parte del secolo scorso è dovuto al mutato rapporto, rispetto al passato, tra commercio del lavoro schiavistico e la schiavitù. In altri termini, nel passato vi è stata una quasi piena corrispondenza tra la riduzione in schiavitù ai fini di conseguire forza lavoro ed il relativo traffico. Attualmente il traffico di esseri umani non è soltanto legato allo sfruttamento lavorativo delle vittime, ma si indirizza anche al perseguimento di obiettivi diversi, quali lo sfruttamento sessuale, pornografico, od il commercio di organi⁷⁴.

Ebbene, ai fini della repressione di un fenomeno sempre più complesso ed articolato, non può sorprendere che da un lato si sia data preminenza alla lotta internazionale a siffatti traffici con l'individuazione di una più adeguata definizione giuridica degli stessi⁷⁵, dall'altro ciò ha inciso sulla stessa definizione di schiavitù che ha visto così ulteriormente ampliare le maglie della propria puntualizzazione definitiva ben oltre la semplice assunzione nei diversi ordinamenti nazionali di quella nozione già aperta di cui alla convenzione del 1926 sulla quale si è attestata in definitiva l'esperienza giuridica internazionale.

Al riguardo, per limitarsi esemplificativamente alle fonti più recenti, si veda innanzitutto il protocollo delle nazioni unite intervenuto adottato a Palermo nel 2000 e la Convenzione del Consiglio di Europa del 2005 sul Traffico di essere umani che hanno tratto tesoro, in definitiva, dal collegamento tra la nozione di *slavery* ed il fenomeno crescente del traffico inserita nello statuto di Roma della Corte penale internazionale del 1998 istitutivo della corte internazionale criminale⁷⁶. Ai sensi dell'art.3 del Proto-

was chiefly defined by legal ownership, high purchase costs, low profits, shortages of potential slaves, long-term relationships, slave maintenance, and ethnic difference. This was contrasted with new slavery, which was said to be chiefly defined by an avoidance of legal ownership, low purchase costs, high profits, the irrelevance of ethnic cleavages, and a global surplus of short-term, "disposable" slaves.

⁷⁴ Sulla centralità del trafficking ai fini della individuazione della schiavitù odierna si v. i saggi raccolti da A. Brysk e A. Choi-Fitzpatrick in *From Human Trafficking to Human Rights: Reframing Contemporary Slavery*, Pennsylvania Press 2012.

⁷⁵ Anche agli inizi dell'Ottocento l'antischiavismo ha iniziato i suoi primi passi operativi attraverso la limitazione, mediante accordi internazionali, dei traffici di schiavi, prima ancora della abolizione piena della schiavitù. Ma in quella stagione, ciò era motivato dall'esigenza di eliminare in primo luogo gli effetti economici sulla concorrenza legati alla presenza di sistemi economicosociali schiavistici accanto a sistemi non schiavistici. Attualmente, la revisione della nozione di schiavitù in funzione repressiva derivante dalle nuove convenzioni contro i traffici di esseri umani è fondata sulla primaria salvaguardia dei diritti fondamentali e ha perso le precedenti forti connotazioni razziali.

⁷⁶ Infatti, nel riprendere la definizione della convenzione del 1926, l'art.7, nel condannare come crimine contro l'umanità la riduzione in schiavitù, fa un richiamo esplicito al traffico e dispone che per «riduzione in schiavitù» s'intende l'esercizio su una persona di uno o dell'insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà, anche nei corso del traffico di persone, in particolare di donne e bambini a fini di sfruttamento sessuale [la sottolineatura è nostra]. Per una recentissima pronuncia relativa al delitto di riduzione in schiavitù sessuale da parte della corte penale internazionale si v. i casi *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* del 12 dicembre 2012 e *The Prosecutor v. Germain Katanga* del 7 marzo 2014.

collo, “Trafficking in human beings’ shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs”.

La medesima impostazione, a ben vedere, è stata altresì accolta nell’art.2 della recente direttiva europea n.36 del 2011 sulla tratta di essere umani e che ha trovato immediata accoglienza in Francia con la loi 711 del 2013. Nel novellare il codice penale, adeguandolo a seguito della condanna subito da tale paese nel caso *Siliadin v. France*⁷⁷, da un lato si è accolto la nozione di schiavitù di cui alla convenzione del 1926, dall’altro si è modificata la definizione del traffico di essere umani secondo le indicazioni maturate tanto nelle convenzioni sopra richiamate quanto nella direttiva n. 36 del 2011⁷⁸.

Non deve sorprendere allora che la lettura sistematica di questi interventi normativi abbia finito così con l’incidere anche nella stessa interpretazione giurisprudenziale degli stessi testi che si riferiscono alla slavery in quanto tale. Esempio, al riguardo, nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo la soluzione accolta nel giudizio *Rantsev v. Cyprus and Russia* del 7 gennaio 2010. In questa pronuncia, la Corte ha potuto così affermare che il “trafficking in human beings” assume un rilievo assorbente e rientra nell’ambito operativo dell’art.4 che proibisce la schiavitù e la servitù. Di conseguenza, ai fini della ricorrenza della violazione di tale norma è da ritenersi “unnecessary to identify whether the treatment about which the applicant complains constitutes ‘slavery’, ‘servitude’ or ‘forced and compulsory labour’”⁷⁹.

In termini sintetici, può dunque rimarcarsi che sullo specifico punto si registra negli ultimi tempi una nozione decisamente più ampia di schiavitù in funzione della repressione dei traffici. Al tempo stesso, però, come si può evidenziare proprio dalla recente disciplina penalistica francese, l’articolazione delle manifestazioni “schiavisti-

⁷⁷ Si v. al riguardo *supra* la nt.10.

⁷⁸ In Inghilterra il recente Modern Slavery Bill, di prossima approvazione, ha preferito rinviare direttamente all’art.4 della Convenzione dei diritti dell’uomo l’individuazione della definizione di schiavitù ai fini della repressione penale. Infatti, l’art.1 comma 2 dispone che “...the references to holding a person in slavery or servitude or requiring a person to perform forced or compulsory labour are to be construed in accordance with Article 4 of the Human Rights Convention”.

⁷⁹ Su questo caso si v. per tutti v. J. Allain, *Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in 10 *Human Rights Law Review*, 2010, 546ss.

che” ha altresì richiesto, senza che questo appaia contraddittorio, una puntualizzazione delle manifestazioni “minori” rispetto alla fattispecie generale “madre”.

Anche in questo caso la giurisprudenza delle corti internazionali ha indubbiamente contribuito ad una più precisa messa a punto di specifiche figure, pur con gli inevitabili margini di flessibilità che il fenomeno implica.

In particolare, è sufficiente, ai nostri fini richiamare il recente *arrêt* della Corte europea dei diritti dell’uomo dell’ 11 ottobre 2012 nel caso *Affaire C.N. et V. c. France* in cui sono state chiarite sia la figura del *travail forcé ou obligatoire* sia quella della *servitude*, ancora una volta con specifico riferimento al lavoro domestico femminile. L’equiparazione delle diverse figure, accomunate nel disvalore secondo le determinazioni assunte nella pronuncia *Rantsev v. Cyprus and Russia*, non implica, secondo la corte, la rinuncia ad individuare il significato delle singole figure. Secondo la corte, la *servitude* “constitue une qualification spéciale du travail forcé ou obligatoire ou, en d’autres termes, un travail forcé ou obligatoire «aggravé» ... “con l’obligation pour le «serf» de vivre sur la propriété d’autrui et l’impossibilité de changer sa condition»⁸⁰. Quanto al lavoro forzato o obbligatorio, la Corte ha rimarcato che non basta ovviamente che “l’individu ait accompli un travail sans s’y être offert de son plein gré”, ma che operi sotto la minaccia di una “pena”. Al riguardo di quest’ultima la corte ha ribadito che, si la «peine» peut aller jusqu’à la violence ou la contrainte physique, elle peut également revêtir une forme plus subtile, d’ordre psy-

⁸⁰ Così la corte, nel par. 90-91 della pronuncia, la quale ha aggiunto che “En l’occurrence, l’élément fondamental qui distingue la servitude du travail forcé ou obligatoire, au sens de l’article 4 de la Convention, consiste dans le sentiment des victimes que leur condition est immuable et que la situation n’est pas susceptible d’évoluer. A cet égard, il suffit que ce sentiment repose sur des éléments objectifs suscités ou entretenus par les auteurs des agissements”.

È opportuno rammentare al riguardo che the United States Violence Protection Act of 2000 definisce la “involuntary servitude” nel senso che essa comprende “a condition of servitude induced by means of: A) Any scheme, plan or pattern intended to cause a person to believe that, if the person did not enter into or continue in such condition, that person or another person would suffer serious harm or physical restraint; or B) The abuse or threatened abuse of the legal system.

Il collegamento tra lavoro forzato e servitù individuato dalla Corte Europea risulta ripreso nella recente legislazione penalistica francese del 2013, la quale se nell’Art. 225-14-1. stabilisce che “Le travail forcé est le fait, par la violence ou la menace, de contraindre une personne à effectuer un travail sans rétribution ou en échange d’une rétribution manifestement sans rapport avec l’importance du travail accompli”, nel successivo art. 225-14-2. considera la riduzione en servitude le fait de faire subir, de manière habituelle, l’infraction prévue à l’article 225-14-1 à une personne dont la vulnérabilité ou l’état de dépendance sont apparents ou connus de l’auteur”.

Negli Stati Uniti, a fronte della riscontrata inadeguatezza della disciplina federale introdotta nel 2000 sopra citata, alcuni Stati, a partire da quelli più esposti a fenomeni di traffico di essere umani per ragioni soprattutto legate alla prostituzione hanno adottato apposite normative penalistiche. Al riguardo, significativo è il *Trafficking of persons and involuntary servitude Act* del 2005 adottato nell’Illinois il quale comprende una dettagliata definizione del *forced labor or services*: su questa disciplina, si v. l’ampia analisi di J. Tanhago, *New Illinois Legislation Combats Modern-Day Slavery: A Comparative Analysis of Illinois Anti-Trafficking Law with Its Federal and State Counterparts*, in 38 *Loyola University Chicago Law Journal* 2007, 895ss.

chologique, telle que la dénonciation de travailleurs en situation illégale à la police ou aux services d'immigration"⁸¹.

5. Accanto a questo primo dato, è necessario aggiungere, nella prospettiva della nostra indagine, che l'articolazione del fenomeno schiavistico moderno, sia pure nei limiti propri della presente analisi, quale emerso nell'ambito del circuito ermeneutico che vede come protagoniste autorità giurisdizionali internazionali e nazionali e legislatori dei singoli paesi, ha inteso mantenersi fedele al paradigma della modernità legato al divieto della schiavitù volontaria. La manifestazione più eloquente di questa impostazione, tuttora non sempre recepita dalla giurisprudenza penale dei giudici nazionali, è data dalla puntuale affermazione, sia nei recenti interventi normativi sia nella prassi giurisprudenziale delle corti internazionali, sulla esclusiva rilevanza delle condizioni oggettive⁸² quali

⁸¹ A ben vedere, anche a proposito del lavoro forzato, l'individuazione più precisa della fattispecie viene effettuata tenendo conto in maniera esplicita o non i precedenti giurisprudenziali intervenuti sulla base delle definizioni accumulate nel corso dei decenni nelle diverse convenzioni internazionali adottate. Al riguardo si pensi da un lato alla *Forced and Compulsory Labour Convention* intervenuta nel lontano 1930 nonché alla *Convention Concerning the Abolition of Forced Labour* ("Forced Labour Convention") del 1957. Sul punto si consulti la documentazione raccolta in *Forced Labour and Human Trafficking Casebook of Court Decisions* edita nel 2009 a cura del *International Labour Organization*. Il tema della violenza psicologica affrontato nella sentenza citata nel testo, ma pur sempre legata a specifiche circostanze, costituisce un punto sempre delicato di confine quanto all'individuazione della sussistenza di una circoscritta fattispecie penale. A fronte delle ragioni che hanno condotto a suo tempo la nostra corte costituzionale a dichiarare illegittimo il reato di plagio proprio in ragione dell'inderminatezza della costrizione meramente psicologica, si consideri la questione sottoposta all'attenzione della Suprema corte statunitense nel caso *United States v. Kozminski*, 487 U.S. 931 (1988) a proposito dell'*involuntary servitude* (sul caso di v. per tutti K. Kim, *Psychological coercion in the context of modern-day involuntary labor: revisiting United States v. Kozminski and understanding human trafficking*, in 38 *U. Tol. L. Rev.* 2006-2007, 941ss; C.M. Page, *United States v. Kozminski: involuntary servitude—a standard at last*, in 20 *U. Tol. L. Rev.* 1988-1989, 1023ss e K.T. Koonce, Jr., *United States v. Kozminski: On the Threshold of Involuntary Servitude*, in 16 *Pepp. L. Rev.* 1988-1989, 689ss) e che ha portato alla successiva adozione della normativa federale sul Trafficking Act del 2000.

⁸² È bene limitarsi a segnalare, non potendo affrontare il tema per ragioni legate ai rigidi vincoli quantitativi imposti dall'editore, che una ampia giurisprudenza ha dovuto affrontare il problema relativo alla rilevanza da riconoscere dell'atteggiamento psicologico dell'offensore, soprattutto, ovviamente, nei casi in cui non si è in presenza di un trafficante. Al riguardo, può essere utile richiamare Cass. Penale 28 settembre 2012 n.37638. A proposito della riduzione in schiavitù di un minore di etnia rom, ai fini del suo impiego nell'accantonaggio, si è così sostenuto: "il fatto che l'accantonaggio sia considerato 'un sistema di vita' nella tradizione Rom non salva dalla condanna" e, dunque rimarcato che "commette il reato di riduzione in schiavitù colui che mantiene lo stato di soggezione continuativa del soggetto ridotto in schiavitù o in condizione analoga, senza che la sua mozione culturale o di costume escluda l'elemento psicologico del reato". Sullo specifico punto il recente *Modern Slavery Bill*, di prossima adozione in Inghilterra, ha puntualizzato nell'art.1 relativo appunto a *Slavery, servitude and forced or compulsory labour*: 1 person ("P") commits an offence if—(a) P holds another person in slavery or servitude and the circumstances are such that P knows or ought to know that the person is held in slavery or servitude, or (b) P requires another person to perform forced or compulsory labour and the circumstances are such that P knows or ought to know that the person is being required to perform forced or compulsory labour [la sottolineatura è nostra].

fissate nelle fattispecie incriminatrici con la conseguente irrilevanza del consenso dell'interessato al fine della sussistenza dell'assoggettamento schiavile.

Quanto ai primi, è sufficiente citare, per ragioni di sintesi, la sola recente direttiva n.36 del 2011⁸³, che richiamando quanto previsto in altre documenti normativi internazionali, ha espressamente ribadito che al fini della sussistenza del reato relativo al traffico di essere umani in presenza delle circostanze già sopra richiamate, "Il consenso della vittima della tratta di esseri umani allo sfruttamento, programmato o effettivo, è irrilevante". D'altro canto, è nella prospettiva più volte accolta dalla giurisprudenza delle corti internazionali che si colloca l'opportuna puntualizzazione intervenuta nella legislazione australiana del 1999 già presa in considerazione la quale, se da una parte ha adottato espressamente la definizione più aperta di schiavitù contenuta nella Convenzione internazionale del 1926, dall'altra ha sentito l'esigenza di chiarire siffatto riferimento con una precisa esplicita indicazione "including where such a condition results from a debt or contract made by the person".

In tal modo, in virtù del riferimento esplicito al contratto, si è in definitiva inteso chiarire che il consenso dell'interessato è irrilevante ai fini della sussistenza della schiavitù, in particolare della fattispecie incriminatrice. Siffatta impostazione ha trovato una precisa conferma giurisprudenziale nel caso *Queen v. Tang*⁸⁴ in cui si è così potuto affermare che "...absence of consent is not a necessary element of the offence..." the existence of a contract between an alleged offender and a complainant is not inconsistent with the commission of an offence. The legislation, in terms, accepts that a condition of slavery may result from a contract". Ma, ciò che qui più rileva, è che la high Court of Australia, proprio a proposito dell'inciso sopra riportato introdotto dal legislatore australiano ha puntualmente chiarito che esso non costituiva una innovazione, ma esplicitava quanto già implicito nella definizione della slavery⁸⁵.

Sul punto non è possibile, in questa sede, approfondire l'indagine sulla esperienza giuridica italiana seguita alla riforma del codice penale dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 603 del codice Rocco e che attende ancora il compiuto assetto della disciplina perché si allinei ai recenti interventi della Unione Europea. Va qui

⁸³ In realtà, già il Protocollo di Palermo del 2000 sopra citato aveva chiarito all'art.3 b) che "The consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used".

⁸⁴ V. supra nt. 68.

⁸⁵ Infatti, nel par.33 della sua pronuncia H.Court of Australia afferma: "Secondly, the concluding words of the definition ... ("including where such a condition results from a debt or contract made by the person") do not alter the meaning of the preceding words because it is only where "such a condition" (that is, the condition earlier described in terms of the 1926 Slavery Convention) results that the words of inclusion apply. The words following "including", therefore, do not extend the operation of the previous words but make it plain that a condition that results from a debt or a contract is not, on that account alone, to be excluded from the definition, provided it would otherwise be covered by it."

soltanto richiamata l'attenzione sull'ultimo profilo che si analizza e che dall'inizio di queste pagine voleva essere uno dei temi conduttore della nostra riflessione. In particolare, non può non sottolinearsi che nella più recente giurisprudenza nazionale sulla recente disciplina penalistica in materia di schiavitù, la difficoltà tuttora rinvenibile in ordine alla "gestione"⁸⁶ di tali fattispecie si riscontra in maniera evidente nelle particolari oscillazioni ed incertezze che emergono proprio a proposito del rilievo da riconoscere al "consenso" della vittima anche in termini di capacità di autodeterminarsi⁸⁷, in linea per certi versi con quelle che più in generale continuano a sussistere per i reati che hanno per protagonisti soggetti "deboli"⁸⁸: incertezze che in molti casi favoriscono una visione non adeguata a tutti gli elementi fattuali emersi⁸⁹.

Al di là delle indicazioni già sopra riportate, appare evidente che già il solo rispetto della direttiva n.36 esige che anche la giurisprudenza italiana adegui il proprio approccio al problema e la legislazione abbracci compiutamente tutte le articolazioni che la moderna schiavitù presenta.

⁸⁶ È indubbio l'atteggiamento oltremodo restrittivo che contraddistingue l'approccio della nostra corte di cassazione a fronte della moderna schiavitù: ex multis si v. le decisioni di Cass, penale 19 dicembre 2013 n.3893; 27 settembre 2013 n.8370; 29 gennaio 2013 n.12574

⁸⁷ Si v. al riguardo la discutibile soluzione accolta da Cass. 44385/2013, che, pur in presenza di condizioni di lavoro "raccapriccianti", ha ritenuto che "se tutto ciò può essere sintomatico di una situazione di soggezione, non è di per sé, sufficiente a dimostrare che agli stessi abbia fatto riscontro una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona, tale da integrare il reato". In termini non diversi si è espresso la corte di appello penale di Roma del 12 giugno 2013 nella vicenda di cui si è occupata successivamente Cass. Pen. 9 giugno 2014, n. 24057: sul punto si v. infra la nt.89.

⁸⁸ Per una preziosa rassegna sul punto, si v. per tutti A. Sorgato, *Reati su soggetti deboli. Percorsi giurisprudenziali*, Milano 2009.

⁸⁹ Si v. al riguardo, quanto emerge, in senso critico, dalla decisione della Corte di Cassazione Penale del 10 gennaio 2012 n.251, a proposito delle condizioni di lavoro di alcuni immigrati.

Assai significativa, anche al fine di evidenziare la inadeguatezza della nostra legislazione a proposito dello condizione servile, da sempre assimilata nella normativa internazionale alla schiavitù, si rivela la vicenda di cui si è occupata la sentenza di Cass. 9 giugno 2014, n. 24057. Nel respingere il ricorso del condannato ad una riduzione della pena, tale pronuncia ha confermato la decisione di secondo grado che aveva escluso la ricorrenza della fattispecie di cui all'art.600 c.p. e aveva applicato il reato di cui all'art.572 (maltrattamento contro familiari e conviventi) in una situazione in cui l'imputato aveva "tenuto alle proprie dipendenze lavorative alcuni cittadini rumeni in condizioni di estremo degrado materiale, poiché ospitati in locali fatiscenti, in pessime condizioni igienico – sanitarie, con somministrazione scarsa o nulla di cibo e privazione del compenso" ... ed in cui la vicinanza tra il datore di lavoro e i subordinati era tale da vedere questi ultimi vivere, nelle condizioni precarie anzidette, in un alloggio fornito dal primo ed in cui la dipendenza e la soggezione dei secondi si manifestava al punto che era il ricorrente a fornire il vitto (e sovente a non fornire affatto, stando alle risultanze probatorie) ai dipendenti, trattenendo addirittura i loro documenti d'identità al fine di impedirne l'allontanamento". Anche in questo caso, la Corte di appello aveva escluso la sussistenza del reato di schiavitù, riconosciuta in primo grado dal Tribunale di Viterbo, in quanto, a suo dire, "dette condizioni non avevano impedito alle persone offese – tutte ascoltate in qualità di testimoni con incidente probatorio – di determinarsi liberamente sulle proprie scelte di vita, sottraendosi alla fine all'iniquo regime lavorativo, senza esserne tuttavia impedito o dissuase dal farlo mediante impiego di minacce e/o violenze".

Suggerimenti e delusioni del socialismo giuridico. Note a margine del caso Di Vagno

di Marco Nicola Miletta

SOMMARIO: 1. Il biennio rosso nel Mezzogiorno para-feudale. – 2. Solidarismo e moderazione: il magistero di Cesare Vivante. – 3. L'«atavica diffidenza per il diritto». – 4. La soluzione organicistica. – 5. Il fascino di Enrico Ferri. – 6. Processo agli omicidi: una duplice disillusione.

1. Il biennio rosso nel Mezzogiorno para-feudale

L'afflato civile che pervade il volume di Giuseppe Tucci *La giustizia e i diritti degli esclusi* induce l'Autore a dedicare un capitolo a *Giuseppe Di Vagno e la lotta per i diritti*¹. In effetti, la limpida personalità del giovane deputato socialista trucidato a Mola di Bari il 25 settembre 1921 in un agguato di stampo fascista catalizza alcuni dei principali campi di tensione tra *giustizia* ed *esclusione* che hanno attraversato il Novecento italiano: l'irruzione delle masse popolari sulla scena politica, le prime acerbe istanze di redistribuzione della ricchezza, la rivendicazione di elementari diritti sociali e di condizioni di lavoro meno disagiate; ma anche la questione meridionale e la fragilità delle istituzioni democratiche.

La figura del 'gigante buono' è stata di recente oggetto di approfondita rivisitazione, soprattutto per merito della Fondazione a lui intitolata². Di origine borghese ma di schietti sentimenti socialisti, Giuseppe Di Vagno sposò, nella sua breve stagione politica, la causa del riscatto degli *esclusi* in quel Mezzogiorno che Gramsci avrebbe descritto come «un grande blocco agrario» stretto tra una «massa contadina amorfa e disgregata», intellettuali, «grandi proprietari terrieri». L'Autore dei *Quaderni*, per la verità, pensava che la Puglia rappresentasse un'eccezione alla grave «disgregazione sociale» del Sud³. Tuttavia proprio l'opacità dello scenario pugliese funse da copertu-

¹ Giuseppe Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*. Prefazione di Pietro Rescigno, Napoli, Editoriale Scientifica 2013, pp. 185-217.

² Si vedano, in particolare, i voll. *Giuseppe Di Vagno (1889-1921). Documenti e testimonianze 1921-2004* [...], a cura di Vito Antonio Leuzzi e Guido Lorusso. Prefazione di Gianvito Mastroleo, Roma, Camera dei Deputati 2004; *Il processo Di Vagno. Un delitto impunito dal fascismo alla democrazia*, a cura di Ennio Corvaglia, Giulio Esposito, Vito Antonio Leuzzi. Introduzione di Gianvito Mastroleo. Prefazione di Simona Colarizi, Bari, Camera dei Deputati 2011.

³ Antonio Gramsci, *La questione meridionale* (1926), in «Rinascita», II, n. 2 (febbraio 1945), p. 39, poi ripub-

ra per gli squadristi che individuaron in Di Vagno un pericoloso destabilizzatore di equilibri plurisecolari e decisero di sopprimerlo. Essi contarono quanto meno sull'omertà del ceto 'liberale': aggettivo che – avrebbe velenosamente osservato Gaetano Salvemini rievocando trent'anni dopo il contesto in cui l'assassinio era stato perpetrato – nell'autunno del 1921 significava «conservatore e fiancheggiatore del fascismo»⁴. Furono, inoltre, le medesime, torbide connivenze regionali a permettere di ridimensionare il delitto, in sede giudiziaria, a 'bega' locale, come si vedrà (*infra*, § 6)⁵.

D'altro canto il Partito socialista nel quale Di Vagno si era rapidamente affermato, divenendone parlamentare poco più che trentenne, pativa, all'indomani della grande guerra, il dualismo socio-economico del Paese, che impediva di adottare strategie uniformi nel Nord industrializzato e nel Sud agrario. Su scala nazionale gli organismi dirigenti erano dilaniati dalla ventata massimalista. Il deputato conversanese, pur aderendo a quest'ultima, subì persino un processo nella sezione socialista di Bari a causa delle simpatie verso l'Associazione nazionale combattenti (Anc) e la Lega Democratica di Gaetano Salvemini, uno dei suoi mentori culturali. Un clima turbolento, dunque, che preludeva al «salto di qualità» verso la «violenza organizzata»⁶.

bl. col titolo *Alcuni temi della questione meridionale*, in Antonio Gramsci, *La questione meridionale*, a cura di Franco De Felice e Valentino Parlato, Roma, Editori Riuniti 1974³, p. 149. Possono rapportarsi allo scenario in cui maturò il delitto Di Vagno le considerazioni (benché successive di qualche anno) dello stesso Antonio Gramsci, *La relazione di Gramsci sul III Congresso (Lione) del Partito comunista d'Italia*, in «L'Unità», 24 febbraio 1926, poi in «Rinascita», 1956, n. 10, ora in Gramsci, *La questione meridionale*, cit. in questa nt., p. 127: l'A. insisteva sulla rilevanza 'nazionale' della «questione» meridionale, nonostante le apparenze d'una «vivacissima lotta a carattere regionalistico» dominata dal «blocco agrario-capitalistico».

⁴ G.S. [= Gaetano Salvemini], *Come fu assassinato Giuseppe Di Vagno*, in «Il Ponte», VIII (1952), n. 10, *Trent'anni dopo*, p. 1583.

⁵ Simona Colarizi, *Prefazione a Il processo Di Vagno*, cit. in nt. 2, pp. XII-XIII; Ennio Corvaglia, *Socialismo e Mezzogiorno: Giuseppe Di Vagno*, in *Il processo Di Vagno*, cit. in nt. 2, pp. 28-29. A quest'ultimo A. (ivi, pp. 3-5) si rinvia per la puntuale descrizione del frammentato quadro politico pugliese e (ivi, pp. 6-28) per una documentata analisi delle posizioni assunte da Di Vagno all'interno della galassia socialista nella Puglia d'inizio Novecento; ivi, p. 30 i riflessi nel processo tranese della tesi del 'regolamento di conti' locale. Tratteggia la formazione superiore (patriottica, nazionalista, clericale) impartita a molti degli imputati dell'omicidio Di Vagno Vito Antonio Leuzzi, *La revisione del processo: tra reazione e democrazia*, in *Il processo Di Vagno*, cit. in nt. 2, p. 79. Nella commemorazione alla Camera del 24 novembre 1921 l'on. Arturo Vella accennava alle «responsabilità politiche e morali – di Governo e di Classi – di coloro che [avevano spinto] i giovani studenti di Conversano a compiere l'assassinio atroce»; e non taceva l'odio nutrito da «pavidi ceti proletari borghigiani, che si tramandavano il potere municipale come un diritto feudale» (*Giuseppe Di Vagno [1889-1921]*, cit. in nt. 2, p. 70).

⁶ Marco Gervasoni, *Il Psi negli anni di Giuseppe Di Vagno*, in *Il processo Di Vagno*, cit. in nt. 2, pp. 86 (scissione Nord-Sud), 91-93 (collocazione di Di Vagno nel partito), 96 e 98 («salto di qualità»). Penetrante l'analisi di A.G. [= Antonio Gramsci], *Il Mezzogiorno e la guerra*, in «Il Grido del popolo», 1° aprile 1916, ora in Gramsci, *La questione meridionale*, cit. in nt. 3, p. 56 circa le matrici di lungo periodo della dicotomia tra i due «tronconi della penisola»: al Nord «una borghesia audace e piena di iniziative», al Sud una borghesia inesistente, un'agricoltura «primitiva» e non bastevole alla sussistenza, la carenza di infrastrutture. Per il riferimento al divario 'naturalistico' la diagnosi gramsciana presenta analogie con quella di Giustino Fortuna-

2. Solidarismo e moderazione: il magistero di Cesare Vivante

Queste le coordinate essenziali della biografia politica di Di Vagno. Di essa almeno due profili attraggono l'attenzione 'specialistica' dello storico del diritto: la peculiarità d'una formazione universitaria ideologicamente densa, della quale rimase traccia nelle opzioni intellettuali del futuro deputato socialista; e il parossistico svolgimento del processo a carico dei suoi assassini, cartina di tornasole del divario tra giustizia penale e *ragion politica* così frequente nei passaggi cruciali della storia italiana contemporanea. Su entrambi i versanti, il cui denominatore comune è dunque costituito da una singolare esperienza umana anche al di là del tragico epilogo, le pagine seguenti intendono solo fornire rapsodici spunti di riflessione.

Sul primo aspetto dischiude qualche spiraglio già il libro di Tucci laddove rammenta che Di Vagno frequentò, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Roma, il corso di Diritto commerciale tenuto da Cesare Vivante⁷. Il professore veneziano è espressione mirabile di quella fertile inquietudine che pervase alcuni settori della cultura giuridica italiana di fine Ottocento. Alcune delle sue intuizioni, delle sue speranze e delle sue prudenze, elaborate qualche lustro prima che Di Vagno transitasse per la Sapienza, nutrono con ogni probabilità la crescita culturale del giovane studente pugliese. D'altronde l'insigne docente concepiva l'università come «un posto avanzato di osservazione sul gran mare della vita ad esaminare le correnti generali e collettive della coscienza contemporanea colla serena aspettazione che il metodo storico e positivo ispira nella evoluzione sociale»⁸.

Nella prefazione al primo volume del *Trattato di diritto commerciale*, apparso nel 1893, Vivante palesava «insofferenze» per una disciplina giuscommercialistica ingessata da schemi corporativi e costretta entro le maglie, pur tecnicamente pregevoli, del

to, del quale si v. ad es. *Le due Italie*, in Giustino Fortunato et Al., *La questione meridionale*. Opuscolo della «Voce», Firenze, Libreria della Voce 1912, ora ripubbl. nel vol. 1912. Fortunato, Nitti, Salvemini, Ciccotti, Einaudi. *La questione meridionale*. Postfazione di Gianfranco Liberati, Bari, Palomar 2005, spec. pp. 19-21.

⁷ Tucci, *La giustizia*, cit. in nt. 1, pp. 187-189. Per altre possibili influenze della cultura giuridica e degli orientamenti giurisprudenziali sul Di Vagno studente di Giurisprudenza v. ivi, pp. 205 (il pensiero gius-lavoristico di Emanuele Gianturco); 202 (giurisprudenza tardottocentesca della Corte di Cassazione in materia di libertà di associazione); 204 (fondazione dei diritti sociali nell'individualismo della *Dichiarazione dei diritti* teorizzata da Rodolfo Mondolfo, di cui si v. *Dalla Dichiarazione dei diritti al Manifesto dei comunisti*, in «Critica sociale», XVI, n. 15 [1° agosto 1906], pp. 232-235; ivi, n. 21 [1° novembre 1906], pp. 329-332; ivi, n. 22 [16 novembre 1906], pp. 347-350). Sugli anni romani del corso di laurea di Di Vagno cfr. Vito Antonio Leuzzi - Guido Lorusso, *Nota storico-bio-bibliografica*, in *Giuseppe Di Vagno (1889-1921)*, cit. in nt. 2, p. 11. La temperie culturale della «Sapienza» nel periodo in cui Di Vagno vi fu iscritto emerge ora dal vol. *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Profusioni e discorsi inaugurali*, a cura di Mario Caravale e Francesca Laura Sigismondi, Napoli, Jovene 2014: in partic., per gli aspetti che qui rilevano, si v. Mario Caravale, *Introduzione*, ivi, pp. XVI-XVII; e, quanto al magistero di Vivante, Giordano Ferri, *Gli studi privatistici e la Facoltà giuridica romana tra XIX e XX secolo*, ivi, pp. 325-327.

⁸ Cesare Vivante, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in «Critica sociale», XII (1902), n. 1, p. 346.

codice di commercio. Lo studioso dava voce così all'improvviso attrito tra «mondo della legalità» e «mondo dell'effettività»: un atteggiamento psicologico, prima ancora che scientifico, dettato dal suo solidarismo e dall'«adesione al positivismo filosofico»⁹.

Nella prolusione romana del 1899, significativamente pubblicata su *La Riforma sociale*, Vivante rilevava il timbro di 'classe' apposto sul diritto commerciale, foriero di disequaglianze sociali: «come cittadino» egli auspicava la riduzione del perimetro d'applicazione delle norme speciali in quanto perturbative della «solidarietà sociale». Nell'analizzare gli effetti in chiaroscuro della modernizzazione, l'Autore poneva in contrasto l'enorme incremento della circolazione delle merci e l'affievolirsi della mediazione dei commercianti, rimpiazzata dalle cooperative, dagli istituti di credito, dalle camere di commercio e persino dai canali diplomatici dello Stato. I commercianti «grida[va]no alla crisi ed alla miseria, ma la condizione economica del paese migliora[va]» perché si accorciavano i passaggi tra produttori e consumatori. A fronte di questi rivolgimenti, il codice di commercio, elaborato da industriali, banchieri, assicuratori, rappresentanti di «grandi società ferroviarie», camere di commercio, collocava ancora i commercianti in una posizione di immotivato privilegio: «una legge di classe», unilaterale, che favoriva «le grosse imprese» e che consacrando la «piena libertà delle convenzioni» si rendeva «complice della oppressione dei deboli». Il valore legislativo degli usi commerciali, previsto dal codice, «gabbava i consumatori». Le «usanze» del «commercio bancario» non erano «più rassicuranti». Gli articoli di legge concernenti trasporto, mandato, locazione, assicurazione sancivano la supremazia del «contraente più forte». Un codice obsolecente non riusciva, ad avviso di Vivante, a tener dietro alle novità in materia di assicurazione e di cooperazione, istituto quest'ultimo sempre più «essenziale» nelle dinamiche del consumo e del lavoro¹⁰. La medesima fiducia – si noti incidentalmente – riponeva Enrico Ferri, l'altro referente universitario di Di Vagno, nelle «società di cooperazione»: non solo quelle, più spontanee, *di consumo* ma anche *di credito, costruzione, produzione, lavoro*. Il celebre penalista giungeva a definirle «il grande principio vivificatore del lavoro moderno»¹¹.

⁹ Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè 2000, pp. 91-93. Come osserva Mario Libertini, *Il contributo di Cesare Vivante alla scienza commercialistica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 3/2012, p. 8, gli scritti vivantiani di questo periodo erano permeati dalla fiducia positivista nell'idea di progresso.

¹⁰ Cesare Vivante, *I difetti sociali del codice di commercio. Prolusione*, in «La Riforma sociale», 1899, p. 25 ss. [qui si cita dall'estr. Torino, Fratelli Bocca 1899], pp. 8-9 (privilegio dei commercianti e preoccupazione per le norme speciali); 10-11 (usi commerciali e bancari); 12 (tutela del contraente forte); 15 (obsolescenza del codice di commercio in tema di assicurazione e di cooperazione).

¹¹ Enrico Ferri, *I contadini mantovani al processo di Venezia imputati di "eccitamento alla guerra civile" (Art. 157 del Codice sardo-italiano)*. (16 febbraio – 27 marzo 1886), in Id., *Difese penali. Studi di giurisprudenza penale. Arringhe civili*. Terza edizione riveduta ed aumentata. Volume primo. *Difese penali. I ribelli – Gli ammonitori*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1925 [ma 1924], pp. 152-153.

All'orizzonte, tuttavia, Vivante intravedeva segnali confortanti: le leggi sociali sull'assicurazione; l'incomprimibilità del salario oltre un limite commisurato ai «bisogni psichici dell'operaio» e alle esigenze minime personali e familiari; una «penetrazione sempre più viva degli operai nell'organismo dell'impresa», grazie alla vigilanza sulla prevenzione degli infortuni e sugli strumenti di mutuo soccorso; e soprattutto le forme assicurative che «legano tutti gli industriali e gli operai [...] in un vincolo di effettiva solidarietà». L'epilogo della prolusione del 1899 non era affatto disfattista. Confermando una tendenza della civilistica italiana ad innestare elementi savignyani entro un quadro di riferimento codicistico-legale, l'Autore incitava gli studenti ad «aprire le leggi vigenti colla riverenza che si deve ad ogni creazione della storia. La mania del nuovo non deve farci dimenticare che pel diritto scritto ora nei codici i nostri padri hanno combattuto» e che esso custodiva «il tesoro delle dottrine, degli ideali e degli interessi legittimati dai secoli: la sua forza di resistenza ci difende contro l'impeto dissolvente delle rivoluzioni»¹².

La moderazione di Vivante, com'è stato acutamente osservato, disvela non solo le venature prettamente solidaristiche che animavano il suo socialismo, ma anche la convinzione che la «civilistica tradizionale» continuasse ad offrire un indispensabile supporto tecnico¹³. Il medesimo atteggiamento trapela nella prolusione del 1902, laddove egli insisteva sull'opportunità che il contratto 'romanistico' sopravvivesse. «Il movimento riformista», prometteva in questa occasione, non progettava di «modificar[n]e la struttura elementare», ma semmai di «rinforzare la posizione reciproca dei contraenti, e in ispecie quella del contraente economicamente più debole, mediante la contrattazione per gruppi»: tendenza concretizzabile attraverso i canali della pubblica amministrazione, dell'associazionismo, del cooperazionismo¹⁴.

¹² Vivante, *I difetti sociali*, cit. in nt. 10, pp. 12 (segnali confortanti) e 18 («riverenza» verso le leggi vigenti). Sulla «funzione sociale» svolta dal contratto di assicurazione l'A. ritorna ivi, p. 14. Cfr. anche Id., *La penetrazione*, cit. in nt. 8, p. 347. Sull'utilizzo, da parte dei civilisti italiani già di metà secolo XIX, dell'ermeneutica savignyana «pur entro un orizzonte 'codicistico'» cfr. Pietro Costa, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20 (1991), spec. pp. 388-394.

¹³ Giovanni Cazzetta, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 17 (1988), p. 251, nt. 229, ora riproposto dall'A. col titolo *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro*, in Giovanni Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè 2007, p. 159, nt. 228. Sull'ortodossia 'civilistica' del metodo vivantiano cfr. Libertini, *Il contributo*, cit. in nt. 9, pp. 6-7; Id., *Vivante, Cesare*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletti, Bologna, il Mulino 2013 [d'ora in avanti *DBGI*], II, p. 2060.

¹⁴ Vivante, *La penetrazione*, cit. in nt. 8, pp. 347-348. L'associazionismo (ad avviso dell'A., ivi, p. 347), contro misura avverso le disuguaglianze arrecate agli «umili» dalla libera concorrenza, si avviava «celeremente [sic], sulle ali della simpatia, ad una diffusione trionfale».

3. L'«atavica diffidenza per il diritto»

La fiducia nelle attitudini compositive del diritto poneva Vivante saldamente al riparo da infatuazioni massimaliste o esplicitamente marxiane. Ma anche con i 'compagni' socialisti non mancavano le incomprendimenti. Ancora nella prolusione del 1902 egli ricordava che «un grande numero di socialisti in Italia respinge il riconoscimento giuridico delle Leghe o dei Sindacati», a causa di una «atavica, psicologica diffidenza per il diritto» ritenuto strumento di sopraffazione borghese: «Si rifiuta il dono per diffidenza del donatore»¹⁵.

«Atavica diffidenza per il diritto». Dunque, il cultore della dogmatica, pur sensibilissimo alla necessità di innervare la scienza giuridica della linfa della vita reale, dissentiva francamente dalle teorie che guardavano al diritto come sovrastruttura o come arma di oppressione delle classi subalterne. A chi alludeva il maestro veneziano? Magari ad Antonio Labriola, che nel celebre *Del materialismo storico* (1896) aveva criticato sia l'identificazione tra diritto razionale e diritto unico, «eguale per tutti, sistematico, logico, conseguente», sia la fuorviante «convinzione, che un diritto il quale garantisca a tutti l'eguaglianza giuridica, che è la facoltà del contrattare, garantisca anche a tutti la libertà». L'errore, secondo Labriola, consisteva nello scindere il diritto «dalle cause sociali che lo producono» e nel servirsene solo per eliminare gli intralci alla libera concorrenza. Il filosofo contrapponeva nettamente l'eguaglianza formale alla diseguaglianza sostanziale; rivendicava alla «lotta operaia» il merito d'aver «sbugiardati» i «codici borghesi» e d'aver «levata la maschera» ad un diritto sempre più chiara espressione di interessi e dunque ad un passo dalla riduzione ad economia. Non diverso il ragionamento che Labriola sviluppava a proposito dello Stato, la cui storia gli appariva parimenti conformata dalle «condizioni sociali». «Lo Stato esiste – egli aggiungeva – e si regge in quanto è ordinato a difesa di certi determinati interessi»¹⁶.

Più articolata la stratigrafia del diritto delineata da Antonio Gramsci, che vi vedeva non solo uno strumento di coercizione, ma anche di subdola costruzione del consenso. Nella versione 'aggiornata' dell'endiade guicciardiniana arte / religione sulla quale si reggeva lo Stato, il diritto incarnava, ad avviso dell'intellettuale sardo, il polo della forza, della violenza, dell'ordine, seppur in termini meno «drastic[i]» d'un tempo; esso non sanzionava il costume esistente, ma al contrario si evolveva come «lotta per la creazione di un nuovo costume», dal momento che le regole vigenti non sono «espressione dell'intera società» bensì della sola «classe dirigente» che

¹⁵ Vivante, *La penetrazione*, cit. in nt. 8, p. 349. L'A. (ivi, p. 346) si dichiarava ammirato dalle forme solidaristiche anglosassoni (*le Trade Unions*).

¹⁶ Antonio Labriola, *Del materialismo storico. Dilucidazione preliminare* (1896), in Id., *Saggi sul materialismo storico*, a cura di Valentino Gerratana e Augusto Guerra, Roma, Editori Riuniti 1964, pp. 133-136 (diritto); p. 126 (Stato).

le impone a tutti in quanto funzionali «alla sua ragion d'essere e al suo sviluppo»¹⁷. Nonostante tale ambiguità, o forse proprio grazie ad essa, il diritto positivo era dunque per Gramsci «un fattore egemonico»¹⁸.

Nulla di tutto ciò in Vivante. Nel già citato discorso inaugurale del 1902, poi apparso su *Critica sociale* di Filippo Turati, egli, cimentandosi in un'analisi della penetrazione del socialismo giuridico nella scienza privatistica, ribadiva con forza che, contrariamente a pregiudizi circolanti, «nei nostri reggimenti democratici» il diritto avrebbe potuto offrire garanzie anche «alle nuove classi che salgono». Non gli appariva affatto «vero, come disse di recente qualche economista denigratore del diritto, che esso eserciti la sua funzione di garanzia solo a difesa delle classi dominanti, delle posizioni arretrate e decadenti». Egli, viceversa, credeva in un diritto duttile, capace di appoggiare l'ascesa di nuove classi così come, in passato, aveva favorito quelle ora al potere. In concreto, Vivante riteneva che «la parola imperativa del legislatore» dovesse frenare la libertà dei contratti e, in particolare, la prevalenza del contraente forte, dovuta all'asimmetria tra grandi concentrazioni industriali e individui atomisticamente isolati. Si riaffacciava il disappunto del professore veneziano per i codici vigenti, i quali, ad esempio, tolleravano le clausole vessatorie perché non permeati da «quello spirito sociale che oggi è penetrato nell'anima del legislatore»¹⁹.

Del resto Vivante non credeva ai benéfici effetti della libera concorrenza, quasi che «tutti i cittadini fossero fiorenti quando il commercio fiorisce» e «il supremo interesse del consorzio sociale fosse la prosperità dei commercianti»²⁰. Il suo allievo Alfredo Rocco, suggestionato forse inconsciamente dalla concezione gramsciana dell'egemonia, avrebbe rovesciato la tesi vivantiana e, nel contestare l'argomento

¹⁷ Antonio Gramsci, *Quaderni del carcere*. Edizione critica dell'Istituto Gramsci, a cura di Valentino Gerratana, Torino, Einaudi 1975, II, *Quad.* 6, § 87, pp. 762-763 (coppie concettuali che riproducono quella di Guicciardini); ivi, § 98, p. 773 (storia del diritto come lotta per un «nuovo costume»; diritto espressione della «classe dirigente»).

¹⁸ Alberto Burgio, *Gramsci. Il sistema in movimento*, Roma, DeriveApprodi 2014, pp. 224-225.

¹⁹ Vivante, *La penetrazione*, cit. in nt. 8, p. 347. Evidenti le assonanze, persino semantiche, tra la riflessione vivantiana ed alcuni passaggi del capolavoro di Enrico Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*. Terza Edizione, Torino, Unione Tipografico-Editrice 1895 (I ed. 1885), pp. 333-334 («La vittoria completa dell'individualismo contrassegna la forma dello Stato moderno»; «la sconfinata libertà dell'individuo»), 336 («esagerato individualismo» del codice civile italiano del 1865), 338-339 (elemento «atomico della individualità»), 340-341 («spirito di prepotenza» della grande industria).

²⁰ Cesare Vivante, *Trattato di diritto commerciale. Volume I. I commercianti*, Seconda edizione interamente riveduta e ampliata dall'autore, Torino, Fratelli Bocca 1902, p. 15. Cfr. Raffaele Teti, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè 1990, p. 51. Soffermandosi sul rapporto tra libertà ed eguaglianza, Vivante, *La penetrazione*, cit. in nt. 8, p. 347 avrebbe più tardi rilevato come la libera concorrenza avesse tradito le aspettative e condotto alla «soppressione di ogni garanzia per gli umili». La denuncia degli «eccessi» della concorrenza era un tema piuttosto diffuso nell'Europa d'inizio Novecento, avverte Libertini, *Il contributo*, cit. in nt. 9, p. 9.

utilizzato contro l'autonomia del diritto commerciale, e cioè la sua natura di diritto di classe, avrebbe giudicato «fenomeno sociale necessario», corollario inevitabile del «giuoco delle forze sociali», il «prevalere degli interessi delle classi piú potenti e meglio organizzate»²¹.

4. La soluzione organicistica

Scartata, dunque, la rivoluzione, ma schivata in pari tempo la cinica rassegnazione ai rapporti di forza attuali, quale la via d'uscita per riequilibrare le disparità economiche tra i soggetti dell'ordinamento gius-commercialistico? Sempre nella prolusione del 1902 Vivante proclamava il superamento della dicotomia tra individuo e società grazie all'avvento d'«una teoria positiva e integrale» che fondeva i due poli in «un solo organismo». Al dualismo tradizionale stava subentrando, a suo parere, un «monismo reale», in virtù del quale «l'individuo non esiste e non prospera se non esiste e non prospera la società». Egli mostrava piena fiducia nell'energia della solidarietà, derivante dapprima dalla natura, poi dalle leggi e infine dall'«adattamento progressivo dei sentimenti alle esigenze della vita sociale»: attribuiva però allo Stato l'onere d'impedire che questa forza sociale diventasse, da difensiva, «soverchiatrice, dimenticando che al di sopra della solidarietà di classe sta la solidarietà di tutte le classi»²².

Anche col conforto di quest'ultima citazione si è di recente osservato che Vivante, anziché pervenire ad una concezione pluralistica dell'ordine costituzionale (come avrebbero consentito sia la rilevanza attribuita all'associazionismo sia il continuo richiamo all'esperienza), si limitò ad auspicare un «aggiornamento» dell'assetto esistente: in lui s'invererebbe dunque l'ennesima «metamorfosi del liberalismo», consona ai giuristi italiani. Dinanzi al timore di uno sfaldamento sociale, lo Stato, per Vivante, era chiamato ad armonizzare le organizzazioni esistenti: sicché anche durante la sua fase 'socialista' egli non si distaccò dall'«orientamento organicista»²³.

Sotto questo profilo corrono indubbie analogie tra la diagnosi vivantiana e la riflessione di Enrico Cimbali, da un lato, e dall'altro quella incastonata da Santi Romano nel celebre discorso inaugurale pisano del 1909. Cimbali aveva esplicitamen-

²¹ Alfredo Rocco, *Principii di diritto commerciale. Parte generale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese 1928, p. 67. Cfr. Gastone Cottino, *Introduzione al trattato. Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in Guido Bonfante – Gastone Cottino, *L'imprenditore. Con una Introduzione al Trattato di Gastone Cottino [Trattato di diritto commerciale diretto da Gastone Cottino – Volume primo]*, Padova, Cedam 2001, p. 350.

²² Vivante, *La penetrazione*, cit. in nt. 8, p. 346.

²³ Alberto Sciumè, *Cesare Vivante*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana 2012, p. 449. Organicismismo e solidarismo, d'altronde, già coesistevano nella riflessione civilistica (anch'essa riconducibile al 'socialismo giuridico') di Enrico Cimbali, come osserva Stefano Solimano, *Cimbali, Enrico*, in *DBGI*, cit. in nt. 13, I, p. 541.

te riconosciuto che la «funzione sociale dello Stato consiste nel temperare gli eccessi di egoismo tra le classi» e nel compiere «un ufficio di coordinazione e di compensazione». Il civilista di Bronte enumerava i numerosi àmbiti (sicurezza sul lavoro, lavoro femminile e minorile, moderazione della concorrenza e del monopolio etc.) nei quali si reclamava una crescente ingerenza dello Stato, che avrebbe «necessariamente» comportato «un profondo mutamento nei rapporti obbligatori del diritto privato»²⁴. Da parte sua, Santi Romano avvertiva che, per contrastare l'antagonismo dei movimenti associativi e sindacali nei confronti dello Stato, bisognava restituire a quest'ultimo la decisiva funzione di «organismo che superi gli interessi parziali e contingenti»²⁵. Si sarebbe piú tardi compreso – rileva Cassese – che «questa visione organicistica era il contrario del pluralismo»²⁶.

Pur con le cautele del giureconsulto non disposto a sganciarsi dalle categorie colaudate, e nonostante l'illusione che un ingenuo organicismo stemperasse le asperità del conflitto tra classi, l'apporto arrecato da Vivante alla scienza privatistica italiana d'inizio Novecento consistette nella straordinaria capacità di leggere attraverso la lente del solidarismo una struttura socio-economica ben piú complessa rispetto al mondo 'semplice' degli individui proprietari e del «modello costituzionale borghese»²⁷. L'iniezione di realismo si apprezza ancor di piú ove si ricordi che, con una «scelta eversiva», sin dal primo volume del *Trattato* (1893) egli inserì la *natura dei fatti* tra le fonti formali dell'ordinamento giuridico. Mediante l'«osservazione genuina dei fatti» la scienza giuridica sarebbe stata, a suo avviso, in grado di precorrere il legislatore, cui non spettava che trasfondere in articoli ciò che il giurista aveva assorbito dal «lavoro collettivo del popolo»²⁸. L'approccio di Vivante si colloca, anche da questo punto di vista, sulla scia di Cimbali, che aveva parimenti spinto verso una «fisiologia del diritto»

²⁴ Cimbali, *La nuova fase*, cit. in nt. 19, pp. 341-342. Va tuttavia precisato che il civilista siciliano rintracciava alcune manifestazioni – per quanto insufficienti – della «benefica ingerenza dello Stato, moderatrice della libertà individuale», già in taluni istituti del codice civile del 1865: ad es. le servitù legali, il regime delle acque, la forma solenne dei contratti, la disciplina del possesso e della trascrizione (ivi, pp. 337-339).

²⁵ Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in «Rivista di diritto pubblico», 1910, p. 113 (testo piú volte ripubblicato: v. ad es. Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 1969, pp. 5-26; la cit. nel testo è a p. 25). Dalla vastissima bibliografia ci si limita a segnalare la sintesi di Sabino Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma, Laterza 2002; e i contributi di Paolo Grossi, «*Lo Stato moderno e la sua crisi*» (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano), in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», LXI, n. 1, 2011, pp. 1-22; e di Alberto Romano, *Santi Romano, "Lo Stato moderno e la sua crisi" e "L'ordinamento giuridico"*, ivi, LXI, n. 2, 2011, pp. 333-358.

²⁶ Sabino Cassese, *Lo Stato, «stupenda creazione del diritto» e «vero principio di vita», nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 16 (1987), p. 507.

²⁷ Cfr., rispettivamente, Libertini, *Il contributo*, cit. in nt. 9, p. 7; Sciumè, *Cesare Vivante*, cit. in nt. 23, p. 449.

²⁸ Cesare Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, Fratelli Bocca 1893, vol. I, l. I, cap. I *Le fonti*, § 9 *Natura dei fatti*; ivi, p. 65 quanto al compito riservato al legislatore. Di «scelta eversiva» parla Grossi, *Scienza*, cit. in nt. 9, p. 55.

to» imperniata sull'osservazione dei dati effettuali²⁹. L'elevazione della natura dei fatti a fonte non scritta peculiare al diritto commerciale non implicava peraltro, nel pensiero vivantiano, la soccombenza delle regole di fronte alla spontaneità delle dinamiche economiche: al contrario, lo studioso si batté, com'è noto, per un riformismo legislativo che contemplatesse forme pionieristiche di tutela dei consumatori e dei piccoli azionisti³⁰.

I pochi cenni che precedono mirano unicamente a mettere in rilievo gli aspetti del magistero di Vivante che presumibilmente più colpirono Di Vagno quando questi si trovò ad ascoltarne le lezioni giuscommercialistiche romane. Le «simpatie socialiste» del professore inclinavano, in realtà, verso «una cultura solidaristica» fiduciosa nella funzione stabilizzatrice dei sindacati e delle cooperative. La sua autentica cifra 'politica' risiedeva nell'impegno civico, piuttosto che nello schieramento partitico dal quale si tenne sempre distante³¹.

5. Il fascino di Enrico Ferri

A prescindere dalla sfuggente collocazione di Vivante, gli anni della formazione universitaria di Di Vagno coincidono con la breve parabola del socialismo giuridico. Di questo filone la storiografia è tornata negli ultimi decenni ad occuparsi in modo meno episodico, registrandone la pluralità di anime, le contraddizioni interne, la contestazione della legge positiva condotta da posizioni dogmatiche spesso tradizionali, l'ambigua sovrapposizione con il 'solidarismo'³².

Connotati che si attagliano non solo al giuscommercialista veneziano, ma anche ad Enrico Ferri, altra figura-chiave nel percorso accademico e politico di Di Vagno,

²⁹ Adolfo di Majo, *Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4 (1974-75), *Il "Socialismo giuridico". Ipotesi e letture*, I, p. 388. Su Enrico Cimbali si rinvia ora alla voce di Solimano, cit. in nt. 23, I, pp. 540-543.

³⁰ Libertini, *Il contributo*, cit. in nt. 9, p. 7; ivi, p. 9 per l'originalità dell'accento posto da Vivante sui rischi della speculazione finanziaria.

³¹ Libertini, *Il contributo*, cit. in nt. 9, p. 9. Cfr. anche Cottino, *Introduzione*, cit. in nt. 21, p. 349. Nel programma della «Rivista di diritto commerciale» (1903), sottoscritto dai fondatori Vivante e Angelo Saffa, il solidarismo cedeva il passo a propositi più tecnici: Grossi, *Scienza*, cit. in nt. 9, p. 95.

³² Sul socialismo giuridico restano imprescindibili i due tomi dei «Quaderni fiorentini», 3-4 (1974-75), cit. in nt. 29, e in partic. gli *Strumenti* introdotti da Mario Sbriccoli, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, II, pp. 873-875. Del tema si era già occupato Paolo Ungari, *In memoria del socialismo giuridico. I. Le "scuole del diritto privato sociale"; II. Crisi e tramonto del movimento*, in «Politica del diritto», I, 2 (1970), pp. 241-268 e pp. 387-403. Mette opportunamente in guardia dal considerare il socialismo giuridico come un fenomeno omogeneo Giovanni Cazzetta, *Società industriale e silenzio del codice. Lavoro e impresa*, in Id., *Scienza giuridica*, cit. in nt. 13, p. 41 (il saggio era già apparso col titolo *Lavoro e impresa in Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Maurizio Fioravanti, Roma-Bari, Laterza 2002, pp. 139-162). Cfr. da ultimo la sintesi di Monica Stronati, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, in *Enciclopedia Italiana [...]. Ottava appendice. Diritto*, cit. in nt. 23, pp. 405-412.

che sotto la sua guida si laureò in Diritto penale e si accostò all'ideario socialista³³. Non è difficile immaginare quanto sul giovane pugliese incidesse la poliedrica personalità di uno dei patriarchi della cosiddetta 'scuola positiva', a detta di padre Gemelli «il piú geniale dei seguaci del Lombroso»³⁴, nonché *leader* del partito socialista e combattivo avvocato in processi dal forte impatto nell'opinione pubblica.

Piuttosto che indugiare sulle notissime linee portanti della penalistica ferriana (il criterio della responsabilità *legale* preferito a quello *morale* dell'indirizzo classico-liberale; la pena quale strumento di difesa sociale e il conseguente ricorso a *sostitutivi penali* in luogo della retribuzione; la misurazione della *pericolosità* del delinquente al fine di incasellarlo in una delle cinque 'categorie')³⁵, conviene qui soffermarsi su un aspetto piuttosto controverso della sua riflessione criminalistica, che attiene all'irrisolto affrancamento dall'antropologia lombrosiana. In Ferri si percepisce una sorta di titubanza nel conferire pieno rilievo – come forse avrebbe richiesto un socialismo 'integralista' – all'ambiente sociale tra le cause della delinquenza. Certo, lo studioso dichiarava d'aver ispirato le sue principali arringhe al «determinismo economico», ossia a quella «dottrina caratteristica del marxismo» in base alla quale «i fatti storici», crimini compresi, non erano che «il prodotto diretto o indiretto delle sottostanti e determinanti condizioni economiche dell'individuo e della collettività»³⁶. Con spirito polemico egli osservava nel 1900 che «i nostri avversari [...] s'industriavano di tener viva» l'impressione che la scuola positiva s'impegnasse soltanto nell'analisi dei «dati *anatomici* sul cranio dei delinquenti», così ignorando o fingendo d'ignorare che essa almeno dal 1881 (ossia dalla prima edizione dei *Nuovi orizzonti* ferriani) aveva «sempre studiato il delitto non solo come fenomeno *biologico* ma anche come fenomeno *sociale*». Però nella ricerca dell'eziologia del reato Ferri si guardava dall'assolutizzare le influenze ambientali: «Noi abbiamo sempre sostenuto [...] che né le sole condizioni di vita familiare o sociale del delinquente [...] né le sole condizioni antropologiche» bastino a «spiegare la genesi del delitto [...]. Ma occorre sempre [...] il determinismo complesso e decisivo della costituzione antropologica e dell'am-

³³ Corvaglia, *Socialismo e Mezzogiorno*, cit. in nt. 5, p. 5 (laurea); Leuzzi - Lorusso, *Nota storico-bio-bibliografica*, cit. in nt. 7, p. 11 (decisione del Di Vagno di «abbracci[are] le idee socialiste nel corso degli studi universitari grazie anche all'influenza di Enrico Ferri [...] ed ai rapporti con Arturo Vella»). Sull'insegnamento ferriano a Roma cfr. Francesca Laura Sigismondi, *La scienza penalistica alla «Sapienza» di Roma in età liberale*, in *La Facoltà giuridica romana*, cit. in nt. 7, pp. 587-588; ivi, pp. 573-587 quanto agli interessi 'sociali' dei predecessori di Ferri sulla medesima cattedra.

³⁴ Agostino Gemelli, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*. Seconda edizione riveduta ed accresciuta, Milano, Giuffrè 1948, p. 12.

³⁵ La bibliografia su Ferri è sterminata. Per una sintesi aggiornata si rinvia a Floriana Colao, *Ferri, Enrico*, in *DBGI*, cit. in nt. 13, I, pp. 849-852. I capisaldi penalistici ferriani sono riassunti da Roberta Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, FrancoAngeli 2004, p. 23.

³⁶ Ferri, *Difese penali*, cit. in nt. 11, *Prefazione alla prima edizione* (luglio 1898), pp. 8-9, con riferimento alla riletture, a 12 anni di distanza, della difesa dei contadini mantovani.

biente tellurico e sociale». In risposta a Gabriel Tarde egli precisava: «Anche i fattori sociali non agiscono se non identificandosi colle condizioni biologiche del delinquente. Perché miseria, costumi, tradizioni, ordine politico, ecc. sono impotenti per sé stessi [...] se l'influenza loro non passa attraverso ad un dato organismo umano»³⁷.

Alla prova dei fatti, dunque, e cioè nel bilanciamento dei 'fattori' criminogeni, il determinismo sociale proclamato da Ferri si rivelava notevolmente più sfumato di quello che animava, ad esempio, Filippo Turati. Questi, ne *Il delitto e la questione sociale* del 1882, aveva per la verità espresso apprezzamento per «un giovane ma già insigne penalista della scuola nuova», il Ferri per l'appunto, che aveva di recente invitato a valorizzare la responsabilità *sociale* piuttosto che quella *morale*. Tuttavia, mentre nello scritto giovanile ferriano l'aggettivo *sociale* indicava, più che altro, un impulso a trasformare la penalità in arma di difesa della società, Turati ragionava già entro un paradigma di determinismo materialistico, tanto da sostenere che il delitto «pullula» in una società nella quale lo sfruttamento «è il cardine della convivenza» e dove l'indigenza costituisce, «coll'appoggio delle leggi, anzi per fatto stesso delle leggi, una permanente e fatale provocazione a delinquere». Per Turati, di conseguenza, «l'ideale del socialismo» in ambito criminale consisteva nello «stabilire un assetto sociale dove il delitto non sia più necessario né utile». Donde la «deduzione ineluttabile: la questione penale è anzitutto e radicalmente una questione di trasformazione sociale»³⁸. A distanza di trent'anni dalla prima edizione, l'Autore avrebbe riconfermato i contenuti dell'opera, e soprattutto la certezza «che la lotta più efficace contro il delitto non è nelle teorie dei criminologi» né «nelle pene», bensì «sta nel rifare dalle basi l'assetto economico della convivenza civile». Il «trionfo» del socialismo – concludeva Turati nel 1913 – avrebbe sanato «il massimo delitto che tutti li genera e li involge: il delitto di una società che fa gli uomini lupi»³⁹.

Ferri, invece, non optò in termini altrettanto univoci per il determinismo *sociale*. Sicché non sorprende che colpisse anche lui l'attacco sferrato da Gramsci alle pesan-

³⁷ Enrico Ferri, *Sociologia criminale*. Quarta edizione. Con due tavole grafiche, Torino, Fratelli Bocca 1900, *Introduzione*, pp. 45-46; ivi, p. 307 per la replica a Tarde. Cfr. Bisi, *Enrico Ferri*, cit. in nt. 35, pp. 26 e 32.

³⁸ Filippo Turati, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*. Terza Edizione, Bologna, La Contro-corrente 1913, pp. 60 (apprezzamento per Ferri); 64-65 e 67 (nesso tra delinquenza e condizioni sociali; programma socialista). Il testo lasciava inalterato quello della I ed. (Milano, Unione Autori 1883), a sua volta già apparso l'anno precedente in appendice al giornale socialista «La Plebe» (cfr. la *Prefazione* di Luigi Fabbri alla III ed., p. 8). L'elogio ad Enrico Ferri riguardava il saggio *Il diritto di punire come funzione sociale*, in «Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale», III (1882), pp. 51-85 e spec. 70-75. Bisi, *Enrico Ferri*, cit. in nt. 35, p. 65 ricorda che al congresso del Partito socialista di Reggio Emilia (settembre 1893) il fondatore e segretario Turati si oppose all'istanza di iscrizione presentata da Ferri. Ivi, p. 73, nt. 12 per alcuni spunti bibliografici riguardo al rilievo accordato dalla criminologia all'influenza dei fattori economici. Sul «gradualismo» turatiano cfr. Paolo Passaniti, *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, Manduria-Roma-Bari, Pietro Laicata Editore 2008, p. 19.

³⁹ Turati, *Il delitto*, cit. in nt. 38, lettera a Luigi Fabbri, pp. 11-12.

ti responsabilità del Partito socialista nell'aver avallato la teoria dell'atavismo deterministico come spiegazione dell'arretratezza del Mezzogiorno. Ad avviso di Gramsci, se la borghesia aveva diffuso il pregiudizio che voleva i meridionali «biologicamente [...] inferiori, dei semibarbari o dei barbari completi [...], il Partito Socialista fu in gran parte il veicolo di questa ideologia borghese nel proletariato settentrionale; il Partito Socialista diede il suo crisma a tutta la letteratura "meridionalista" della cricca di scrittori della cosiddetta scuola positiva, come i Ferri, i Sergi, i Niceforo, gli Oran[o] e i minori seguaci»⁴⁰.

Sul Di Vagno laureando alla Sapienza un'indubbia attrattiva doveva esercitare il mito del Ferri avvocato difensore degli umili. Era già un 'classico', e fu infatti pubblicata più volte, l'arringa con la quale l'allora giovane penalista di San Benedetto Po era riuscito, nel 1886, ad ottenere dalla Corte d'assise di Venezia l'assoluzione di alcuni contadini mantovani accusati di eccitamento alla guerra civile per aver scioperato nel biennio precedente. In una breve avvertenza introduttiva, vergata pochi mesi dopo il processo, Ferri spiegava di aver accettato il patrocinio soprattutto «per protestare contro questo vecchio sistema di prendere per malfattore chiunque, affermando i propri diritti di uomo, si sollevi per poco dall'apatia o dall'abbiezione, che taluni ritengono, per comodo loro, la unica forma di ordine sociale»⁴¹.

Tuttavia, col senno del poi, suscitava qualche interrogativo, e alimentava le maldicenze sulla 'conversione' al socialismo, l'autentica cifra ideologica dell'arringa veneziana. Dinanzi alla giuria popolare Ferri, sfoggiando invero una robusta passione civile, aveva declinato in tutte le gamme il suo *credo* gradualista. Aveva, infatti, placato le ansie dei benpensanti ricordando come nella storia dell'umanità – ad esempio alle origini del cristianesimo – la rivendicazione di nuovi diritti si fosse sempre presentata in forme eversive. Aveva ammonito che il tentativo di arginare il progresso «graduale ma incessante» rischiava di favorire «l'esplosione rivoluzionaria». Aveva incitato a far sí che l'«evoluzione sociale si compia per gradi, pacificamente, se non vogliamo che le forze troppo compresse esplodano negli orrori della guerra civile». Aveva confessato di preferire ad una «eguaglianza materiale ed assoluta», impossibile in natura, quella *relativa* intesa come «un tanto di sussistente assicurato ad ogni essere umano». Aveva ironicamente esortato a non confondere l'«ordine sociale» con l'«apatia ed accasciamento» di un cimitero o di un carcere e a tollerare, per contro,

⁴⁰ Gramsci, *La questione meridionale* (1926), cit. in nt. 3, pp. 34-35 (e nel vol. *La questione meridionale*, cit. in nt. 3, pp. 135-136).

⁴¹ Ferri, *I contadini mantovani*, cit. in nt. 11, *Al lettore* (giugno 1886), p. 81. Per il significato assunto dal processo di Venezia nella storia del socialismo giuridico penale v. Mario Sbriccoli, *Il diritto penale sociale. 1883-1912*, in «Quaderni fiorentini», 3-4 (1974-75), cit. in nt. 29, I, pp. 589-590, ora in Mario Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè 2009, II, pp. 850-851.

«l'attrito vivace, purché sempre entro i limiti della legge, delle varie energie morali». Aveva invocato il principio cristiano della «fratellanza umana» in luogo dell'illusoria opzione degli «arresti in massa». Sempre in nome della «religione dell'amore [...], sola forza benefica nel mondo», aveva denunciato l'inutilità della «repressione violenta». Aveva esaltato le associazioni operaie, che educavano i lavoratori «all'affermazione dei loro diritti senza violare le leggi e gli altrui diritti». Aveva additato nell'associazionismo «il grande principio vivificatore del lavoro moderno»⁴².

A fronte d'un simile dispiego di riformismo moderato, appare perciò un po' forzata l'affermazione di Ferri secondo cui, nel rileggere l'arringa dopo qualche anno, egli vi si scopriva «marxista senza saperlo»⁴³. Più sincero egli era stato nell'immediato, quando, presentando al pubblico per la prima volta il testo della difesa veneziana, si era giustamente vantato d'aver dato un saggio di come intendesse «l'opera riformatrice [...]: radicale nella sostanza, temperata ed equanime, ma costante e continua nei modi»⁴⁴. In realtà, tra le due 'presentazioni' (1886 e 1898) intercorre una rapida ascesa politica. Eletto deputato nel 1886 sull'onda del successo giudiziario veneziano, il professore era entrato formalmente nel Partito socialista nell'estate del 1893: vi avrebbe ricoperto ruoli-chiave, anche come direttore de *L'Avanti!*⁴⁵. La militanza gli costò il rimprovero di immolare la coerenza scientifica ai tatticismi dell'agone partitico: Raffaele Garofalo, l'altro caposcuola dei positivisti italiani, gli contestò subito la pretesa di combinare socialismo ed evoluzione darwiniana⁴⁶. Critiche di «confusione ideologica» gli pervennero dal fronte marxiano di Labriola e Gramsci⁴⁷.

Limiti teoretici che nulla sottraevano, comunque, al suo fascino oratorio e alla vasta popolarità conquistata come avvocato e come uomo politico. In Ferri Di Vagno percepi probabilmente la fruttuosa convergenza tra lo studioso pronto ad indossare la toga per aiutare i deboli e l'intellettuale pienamente *engagé*, come esigeva la tradizione della *penalistica civile* che considerava cattedra e foro quali osservatori privilegiati dell'interrelazione tra scienza e società⁴⁸. Nella sfera accademica, dal

⁴² Ferri, *I contadini mantovani*, cit. in nt. 11, pp. 132-133 (riferimenti al cristianesimo, all'evoluzionismo, all'eguaglianza relativa); 154 (evoluzione pacifica antidoto alla guerra civile); 136 («attrito vivace»); 134 («fratellanza umana» anziché «arresti in massa»); 145 («repressione violenta» e «religione dell'amore»); 152 (associazioni operaie). Una *Nota* conclusiva (ivi, pp. 155-156) stigmatizzava il carattere illiberale della nuova norma zanardelliana sull'eccitamento all'odio fra le classi sociali.

⁴³ Ferri, *Difese penali*, cit. in nt. 11, *Prefazione alla prima edizione* (1898), p. 8.

⁴⁴ Ferri, *I contadini mantovani*, cit. in nt. 11, p. 82.

⁴⁵ Bisi, *Enrico Ferri*, cit. in nt. 35, p. 58 (ingresso nel Partito socialista); ivi, pp. 75 e 10 (direzioni non continuative dell'*Avanti!*).

⁴⁶ Cfr. Enrico Ferri, *Socialismo e scienza positiva: Darwin, Spencer, Marx*, Roma, Casa Ed. Italiana 1894; Raffaele Garofalo, *La superstizione socialista*, Torino-Roma, Roux Frassati e C. 1895, pp. 85-90.

⁴⁷ Giuseppe Sircana, *Ferri Enrico*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 47, Roma, Istituto Enciclopedia Italiana 1997, p. 140.

⁴⁸ Mario Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura*

1912, anno della laurea di Di Vagno, gli studenti della Sapienza potevano avvalersi della Scuola di applicazione giuridico-criminale, centro d'avanguardia internazionale istituito da Ferri in ossequio allo sperimentalismo ed indubbio indizio di fervore didattico⁴⁹. Riguardo al modo d'intendere la professione di avvocato, l'umanitarismo del giovane conversanese era senz'altro vellicato dal proposito 'positivistico' del maestro di tener fuori dalle «aule giudiziarie le disquisizioni accademiche» portandovi, viceversa, «la parola vivente dei "fatti umani", oltre la ruminazione degli smorti involucri verbali di formole sillogistiche sul reato come "entità giuridica"». Agli allievi il professore mantovano presentava il processo come «il riflesso ancor caldo e commovente dei drammi veri della vita sociale»⁵⁰. Come politico attivo, infine, egli trasmetteva al Di Vagno le suggestioni d'un gradualismo riformistico che non ineggiava al rivolgimento degli assetti politici né alla lotta di classe⁵¹.

Nell'autunno del 1922, proprio mentre il processo di Trani giungeva all'epilogo e s'annunciava la marcia su Roma, Ferri tornava ad evocare il dibattito veneziano. Egli si compiaceva, sí, che l'associazionismo sindacale (i cui albori erano databili proprio alle lotte dei contadini padani) avesse costretto ad affinare i mezzi di produzione e dunque ad incrementare i profitti, ma scorgeva le «aberrazioni ed eccessi di violenza» del nazionalismo che si prestavano pericolosamente all'«utopia reazionaria»⁵². I timori erano forse alimentati anche dal fresco ricordo dell'omicidio del suo «alunno prediletto», come egli aveva voluto omaggiare Di Vagno nella commemorazione tenuta, un anno prima, al Teatro Petruzzelli di Bari nella quale, senza avventurarsi in denunce circostanziate, si era limitato a sottolineare che la vittima «non era un estremista rivoluzionario»⁵³. Al confronto, suona certo piú sferzante la primissima analisi del delitto abbozzata su «L'Ordine Nuovo» da Antonio Gramsci⁵⁴,

giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica, a cura di Aldo Schiavone, Roma-Bari, Laterza 1990, ora in Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, cit. in nt. 41, I, pp. 569-570. Sul fascino emanato dal professore mantovano v. Sircana, *Ferri, Enrico*, cit. in nt. 47, p. 140.

⁴⁹ Monica Stronati, *Enrico Ferri*, in *Enciclopedia Italiana [...]. Ottava appendice. Diritto*, cit. in nt. 23, p. 373. Ferri, *Difese penali*, cit. in nt. 11, *Prefazione alla seconda edizione* (1922), p. 38 data però al 1911 la sua direzione della Scuola romana.

⁵⁰ Così Ferri, *Difese penali*, cit. in nt. 11, *Prefazione alla prima edizione* (luglio 1898), pp. 1-2 e 17.

⁵¹ Stronati, *Enrico Ferri*, cit. in nt. 49, p. 371; Colao, *Ferri, Enrico*, cit. in nt. 35, I, pp. 850-851.

⁵² Ferri, *I contadini mantovani*, cit. in nt. 11, p. 84. Nel 1911, in occasione del 25° anniversario dell'assoluzione, Ferri aveva invece registrato con sollievo (ivi, p. 83) il miglioramento delle condizioni dei lavoratori mantovani, ora «meno disumane».

⁵³ *La grande commemorazione al "Petruzzelli" nel trigesimo dell'assassinio di Giuseppe Di Vagno. Il magistrato discorso dell'On. Prof. Enrico Ferri, sul nostro Martire*, in «Puglia Rossa», III, n. 34 (6 novembre 1921), ora riprodotto come Enrico Ferri – Arturo Vella, *Commemorazione di Giuseppe Di Vagno al Teatro "Petruzzelli" nel trigesimo dell'assassinio, in Giuseppe Di Vagno (1889-1921)*, cit. in nt. 2, p. 48.

⁵⁴ Antonio Gramsci, *Complotto reazionario*, in «L'Ordine Nuovo», 28 settembre 1921, ora in *Giuseppe Di Vagno (1889-1921)*, cit. in nt. 2, p. 43 commentava il delitto Di Vagno con il sintagma adoperato nel titolo e lo descriveva come «cinicamente concertato dal fascismo agrario delle Puglie». Di Vagno e Gramsci si cono-

che però teorizzava la ‘dissoluzione’ dello Stato ed era dunque assai distante dal moderatismo al quale il socialista conversanese si era abbeverato⁵⁵.

6. Processo agli omicidi: una duplice disillusione

Come si è anticipato, il nome di Di Vagno evoca nella storia della giustizia italiana del Novecento il farraginoso processo penale che si protrasse dai giorni successivi all’agguato di Mola sino al secondo dopoguerra. Chi scrive ha avuto modo di occuparsene in un saggio recente, che esamina la voluminosa documentazione d’archivio. Basterà qui riassumere che l’*iter* si dipanò in due fasi, ciascuna disciplinata – e già questo rappresenta un motivo d’interesse per gli studiosi – da codici penali e processual-penali differenti, giacché i due tronconi si svolsero a cavallo dell’entrata in vigore dei codici Rocco.

Il primo segmento si esaurì nell’autunno del 1922: al rinvio a giudizio dei presunti colpevoli disposto il 25 settembre dalla Sezione d’accusa della Corte d’appello di Trani fece séguito, meno di due mesi dopo la marcia su Roma, l’amnistia Oviglio (r.d. 22 dicembre 1922, n. 1641), che passava un colpo di spugna (art. 1) sui reati «commessi in occasione o per causa di movimenti politici o determinati da movimenti politici, quando il fatto sia stato commesso per un fine nazionale, immediato o mediato»⁵⁶.

La seconda *tranche* del processo prese le mosse dal d.l.l. 27 luglio 1944, n. 159 (*Sanzioni contro il fascismo*), emanato dal governo Bonomi da poco insediatosi. L’art. 6 del decreto luogotenenziale, in particolare, sospendeva la prescrizione dei reati «rimasti finora impuniti per l’esistenza stessa del regime fascista» (primo comma); revocava amnistie e indulti concessi successivamente alla marcia su Roma (secondo comma); attribuiva ad un’apposita sezione della Corte di Cassazione la facoltà di dichiarare la giuridica *inesistenza* di quelle sentenze sulle quali avesse influito «lo stato di morale coercizione determinato dal fascismo» (quarto comma)⁵⁷.

scevano personalmente: di certo si erano incontrati in una riunione della sinistra del Psi, a Firenze, nel novembre 1917 (Gervasoni, *Il Psi*, cit. in nt. 6, p. 92).

⁵⁵ Per alcuni esempi, cfr. Gramsci, *Quaderni*, cit. in nt. 17, II, *Quad.* 6, § 88, p. 764 («esaurimento» e «risoluzione» dello Stato coercitivo); ivi, § 98, p. 774 («assorbimento completo della società» da parte delle classi); ivi, *Quad.* 9, § 69, pp. 1140-1141 (ruolo propulsivo delle minoranze). Si v. da ultimo Burgio, *Gramsci*, cit. in nt. 18, p. 180.

⁵⁶ Marco Nicola Miletta, *Il doppio tradimento. Una lettura storico-giuridica delle carte processuali*, in *Il processo Di Vagno*, cit. in nt. 2, pp. 111-112 (sentenza 25 settembre 1922 della Sezione d’accusa della Corte d’appello delle Puglie; amnistia Oviglio); il saggio occupa le pp. 101-125. Già [Salvemini], *Come fu assassinato Giuseppe Di Vagno*, cit. in nt. 4, p. 1585 paragonò ad una spugna l’amnistia del dicembre 1922.

⁵⁷ D.l.l. 27 luglio 1944, n. 159, *Sanzioni contro il fascismo*, in «Gazzetta Ufficiale del Regno d’Italia», n. 41, 29 luglio 1944, Serie Speciale: un provvedimento definito da Hans Woller, *Die Abrechnung mit dem Faschismus in Italien. 1943 bis 1948* (München 1996), tr. it. *I conti con il fascismo. L’epurazione in Italia 1943-1948*, Bologna, il Mulino 1997, p. 196 «la magna Charta dell’epurazione politica in Italia» (ivi, p. 288, nt. 40 per indicazioni bibliografiche).

La richiesta di riapertura del processo Di Vagno maturò, nel clima della svolta di Salerno, soprattutto in ambienti del giornalismo azionista⁵⁸. L'istanza presentava un'evidente anomalia. Formalmente, infatti, la sentenza della Sezione d'accusa di Trani, che ora si pretendeva di rimuovere, precedeva di un mese l'instaurazione del regime: risultava, dunque, opinabile asserire che essa fosse stata senz'altro il portato d'un condizionamento politico sui magistrati. Nonostante le perplessità, il 5 novembre 1945 la II sezione della Suprema Corte, relatore de Ficchy, dichiarò inesistente la pronuncia tranese del 1922 e rimise gli atti alla procura generale di Bari. Il procedimento, ampliatosi intanto ad altri inquisiti, fu trasferito per legittima suspicione alla Corte d'assise di Potenza. Quest'ultima, con sentenza del 31 luglio 1947, da un lato declassò il reato commesso dai principali imputati ad omicidio volontario non premeditato, dall'altro degradò il ruolo dei numerosi correi a quello di complici *non necessari: escamotage* che, facendo leva sul codice Zanardelli – ormai abrogato ma vigente all'epoca dell'omicidio –, consentiva loro di fruire dell'amnistia Togliatti (Decreto presidenziale 22 giugno 1946, n. 4)⁵⁹. L'esito del dibattimento celebrato nel capoluogo lucano va inquadrato nel contesto politico caratterizzato dalla fine dei governi di unità nazionale: un clima che quanto meno non impedì, sul piano giudiziario, una «deriva assolutoria indiscriminata»⁶⁰.

Contro la sentenza potentina, già deludente per i socialisti che avevano confidato in una giustizia esemplare seppur tardiva, i difensori dei condannati presentarono ricorso in Cassazione. Essi censuravano l'erronea applicazione dei decreti luogotenenziali del 1944 che sanzionavano i reati commessi *per motivi fascisti*: tale qualificazione – argomentavano i legali – non si attagliava all'agguato di Mola, originato non già «da motivo fascista» bensì dalla «piccola lotta paesana»⁶¹.

A favorire le tesi della difesa sopraggiunse il decreto legge 7 febbraio 1948 che fissava le *Norme per la estinzione dei giudizi di epurazione e per la revisione dei provvedimenti già adottati*: ne fu estensore, insieme con Giulio Andreotti, il guardasigilli

⁵⁸ Leuzzi, *La revisione del processo*, cit. in nt. 5, p. 66.

⁵⁹ Miletto, *Il doppio tradimento*, cit. in nt. 56, pp. 114 (riapertura dell'istruzione); 121 (Cass., II sez. pen., 5 novembre 1945, rel. de Ficchy); 124 (Corte d'assise di Potenza, 31 luglio 1947). A spingere per il trasferimento della competenza da Bari a Potenza furono non solo la parte civile ma anche una campagna di stampa dell'*Avanti!*, diretto da Pietro Nenni, che denunciò anomalie nella composizione del collegio giudicante barese: Leuzzi, *La revisione del processo*, cit. in nt. 5, p. 76. Il dibattimento di Potenza «si svolse all'insegna di una indifferenza e stanchezza diffusa»: ivi, p. 79. Il giorno successivo alla pronuncia, l'*Avanti!* parlò d'una «sentenza a metà» che coronava un giudizio complessivamente 'assolutorio': ivi, p. 82. Corvaglia, *Socialismo e Mezzogiorno*, cit. in nt. 5, p. 31 sottolinea l'anacronismo (nonché la contraddizione giudiziaria) in cui caddero coloro che, nella fase del processo Di Vagno successiva alla seconda guerra mondiale, pretesero di retrodatare al 1921 il pieno controllo del regime sulla polizia e sulla magistratura.

⁶⁰ Mimmo Franzinelli, *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946: colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano, Mondadori 2007, p. 261.

⁶¹ Miletto, *Il doppio tradimento*, cit. in nt. 56, p. 125.

Giuseppe Grassi, «giurista salentino di formazione liberale», amico personale di alcuni avvocati impegnati nel processo Di Vagno⁶². Nel contempo la II sezione della Cassazione, attraverso cavilli formalistici, andava dettando una linea ‘comprensiva’ nei riguardi dei colpevoli di reati fascisti, descritti per lo più come «traviati dalle circostanze»⁶³.

In un simile scenario desta minor stupore la sentenza del 22 marzo 1948 con la quale la I sezione penale della Suprema Corte derubricò il delitto Di Vagno ad omicidio preterintenzionale, con conseguente estinzione del reato ai sensi dell’ammnistia Togliatti e l’annullamento senza rinvio della condanna emessa dalla Corte d’assise di Potenza. La decisione poneva una pietra tombale su un processo tormentato e sacrificava, per la seconda volta, l’istanza di giustizia alle logiche della *grande histoire*⁶⁴.

In un breve articolo siglato su «Il Ponte» Gaetano Salvemini, ad incredulo commento del provvedimento emanato dalla «non mai epurata Corte di Cassazione», volle beffardamente citare l’affermazione, risalente al 1944, di Ivanoe Bonomi (presidente del Consiglio designato – si badi – dal Comitato di Liberazione Nazionale), secondo cui «il regime postfascista era la “continuazione giuridica” del regime fascista»⁶⁵. Ad un osservatore disincantato le istituzioni italiane del lungo Novecento apparivano immobili, come la campagna pugliese nella quale s’erano infranti i sogni di *giustizia* e di *inclusione* coltivati dal ‘gigante buono’.

⁶² Leuzzi, *La revisione del processo*, cit. in nt. 5, p. 83.

⁶³ Franzinelli, *L’ammnistia Togliatti*, cit. in nt. 60, p. 60.

⁶⁴ Miletto, *Il doppio tradimento*, cit. in nt. 56, p. 125 (Cass., I sez. pen., 22 marzo 1948).

⁶⁵ [Salvemini], *Come fu assassinato Giuseppe Di Vagno*, cit. in nt. 4, p. 1585.

I “soggetti deboli” e il diritto penale*

di Adelmo Manna

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’obbligatorietà “temperata” dell’azione penale e l’irrelevanza penale del fatto”. – 3. Le vicende costituzionali e normative relative alla “immigrazione clandestina”. – 4. I reati “culturalmente orientati”. – 5. I reati d’opinione ed, in particolare, quello di «negazionismo». – 6. L’eutanasia. – 7. Conclusioni.

1. Il sottoscritto non proviene dall’Università di Bari, bensì dalla “Sapienza” di Roma, per cui purtroppo non ha potuto seguire le lezioni del Maestro, Prof. Tucci; si trova anche un po’ in imbarazzo, perché si ritiene di dover affrontare questo libro, che è il libro di un civilista, ma non soltanto, nell’ottica tuttavia del penalista, che è l’ottica che contraddistingue lo scrivente. Quando, infatti, si cominciò a sfogliare il libro di Giuseppe Tucci, il sottoscritto pensò che contenesse poco di diritto penale, mentre, in realtà, così non è, per cui, preso dalla curiosità, fu letto tutto d’un fiato.

Questo, tuttavia, non è soltanto un libro di un civilista, bensì è un libro di un *uomo di cultura*, di un uomo impegnato politicamente, un libro di una persona che approfondisce, non solo le tematiche civilistiche, ma anche quelle di natura costituzionale. È, per esempio, estremamente interessante il parallelo che l’Autore pone tra gli articoli 2 e 3 della Costituzione, soprattutto in rapporto alla loro origine: l’art.2 che proviene dal versante cattolico (i diritti inviolabili dell’uomo)¹, l’art. 3 che è appannaggio invece della parte social-comunista (uguaglianza formale e sostanziale 1° e 2° comma)². Si sono ritrovati ricordi, spunti che ci hanno profondamente arricchito, per cui adesso si cercherà, in sintesi, a causa del breve tempo assegnato, di trattare, seppure a volo di uccello, alcuni argomenti nell’ottica del penalista.

2. Il primo problema (che è stato, fra l’altro in precedenza ricordato dal Procuratore capo di Foggia, Cons. De Castris) riguarda l’obbligatorietà dell’azione penale:

* Testo, riveduto, ampliato e con l’aggiunta delle note, della Relazione alla Presentazione del volume del Prof. Giuseppe Tucci “*La giustizia e i diritti degli esclusi*”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, Foggia, 19 marzo 2014, Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università.

¹ Barbera, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, I, *Principi fondamentali*, Bologna, 1975, 50 ss.

² Agro’, *Art. 3, 1° comma*, in *Commentario, etc., cit.*, 123 ss.; Romagnoli, *Art. 3, 2° comma*, in *ibid*, 162 ss.

sappiamo che questo è un principio costituzionale che, però, ha più valore sulla carta che nella concreta prassi giurisprudenziale, tanto che addirittura diverse Procure, anche quella di Roma³, cominciano ad introdurre direttive circa la precedenza da dare ad alcuni reati che, poi, era quella che per primo adottò l'allora Procuratore capo di Torino, negli anno '60, il Cons. Marcello Maddalena.

C'è, però, da chiedersi se non sia il caso di compiere, eventualmente, un passo ulteriore da parte del legislatore, cioè, prendendo spunto da ciò che avviene in due giurisdizioni particolari – processo penale minorile, da un lato e competenza penale del giudice di pace, dall'altro – introdurre anche nel processo ordinario la clausola della “irrelevanza penale del fatto”, cioè quando il fatto è sì offensivo, ma la sua offensività è talmente ridotta, da non richiedere una sanzione penale⁴.

Questo principio, che è ben diverso da quello riguardante il reato impossibile⁵, perché prevede una serie di criteri che devono orientare la discrezionalità del PM, prima e del Giudice, poi perché dà luogo a quella che viene definita «obbligatorietà temperata», già presente da tempo in altri sistemi processualpenalistici, quale quella tedesco, come dimostrano i §§ 153a e b StPO, non contrasterebbe con la norma costituzionale, ma fornirebbe la possibilità di una deflazione endoprocessuale, così importante in un momento in cui sussiste un carico *abnorme*, nell'ambito del processo, che poi si riverbera anche a livello di esecuzione della pena.

³ Anzi, a questo proposito, Musco, *A proposito ... di legalità penale*, in *Arch.pen. on line*, 2014, 1 ss., riferisce, evidentemente come effetto indiretto di tali «direttive», ciò che di recente è avvenuto al Tribunale penale di Roma. Il P.M. aveva sollecitato al GIP l'archiviazione sulla base di questa impostazione: «Essendo rimasto ignoto l'autore del reato e non essendovi margini per proseguire utilmente le indagini, *se non con l'emissione di un eventuale decreto di acquisizione tabulati che, tuttavia, è mezzo di prova eccessivamente oneroso, atteso gli elevati costi che tale attività comporta. Tale costo non è giustificato dalla tipologia del reato per cui è procedimento*, reato che non si profila come particolarmente grave, né desta quell'allarme sociale che legittimerebbe tale indagine». (corsivo aggiunto). Il G.i.p. in sede ha sorprendentemente avallato la domanda di autorizzazione alla inazione argomentando, seppure in modo più “tecnico-giuridico”: «Ritenuto che l'archiviazione debba essere disposta; rilevato, infatti, che l'esperimento delle attività di indagine suggerite dall'opponente (acquisizione tabulati, ricerca tramite GPS) potrebbe in ipotesi condurre ad individuare l'attuale possessore del cellulare ma non varrebbe ad acquisire elementi certi a suo carico in ordine alla responsabilità per il furto denunciato; che gli elementi acquisibili non sarebbero idonei a sostenere l'accusa in giudizio neppure con riferimento all'ipotesi di ricettazione, in particolare sotto l'aspetto soggettivo, ben potendo il possessore del telefono rivendicare la propria buona fede avuto riguardo alle modalità e velocità di cessione che caratterizzano notoriamente i telefoni cellulari, che passano di mano con notoria frequenza e senza formalità alcuna».

⁴ Sul principio di offensività ed i suoi «corollari», cfr. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005; va a questo proposito tuttavia rilevato che la legge n. 67 del 2014, all'art. 1, comma 1, lettera *m* ha già conferito delega al Governo per la disciplina della irrilevanza penale del fatto nel processo ordinario: cfr., in argomento, Palazzo, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze ed imperfezioni*, in Conti - Marandola - Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, 145 ss., e, spec., 147 ss.

⁵ Su cui Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, 1965; nonché, da ultimo, Caterini, *Reato impossibile e offensività – Una indagine critica*, Napoli, 2004.

I parr. 153a e b del codice di procedura penale tedesco, come segnalato, già da tempo contengono, infatti, clausole di questo tipo⁶; crediamo pertanto che il legislatore potrebbe trarne utile spunto. Tra l'altro, nel progetto di depenalizzazione che fu elaborato recentemente da una Commissione ministeriale, presieduta dal prof. Antonio Fiorella⁷, quando il Ministro della Giustizia era la prof.ssa Paola Severino, fu, appunto, previsto un meccanismo di questo genere che però, purtroppo, non è stato ancora introdotto nel processo penale ordinario, anche se, come abbiamo già ricordato, sussiste una legge di delega in tal senso, nel 2014, che quindi farebbe ben sperare.

3. Veniamo, ora, al tema centrale che è quello degli "ultimi", che è preferibile, in un'ottica penalistica, indicare come "soggetti deboli".

Di fronte ai soggetti deboli verifichiamo che cosa possiamo affermare dal punto di vista del diritto penale, e anche qui si trovano riferimenti molto approfonditi nel libro di Giuseppe Tucci, che, ripetiamo, non è un libro puramente civilistico.

Il primo problema cui ci troviamo di fronte è quello degli "immigrati clandestini", perché sicuramente fanno parte degli esclusi e dei soggetti deboli, che hanno subito da parte del legislatore, un trattamento assolutamente non condivisibile, tant'è che addirittura la Corte costituzionale è intervenuta quando ha dichiarato l'illegittimità costituzionalmente, appunto, della norma relativa ad una aggravante comune, l'11 bis dell'art.61 del c.p., che aumentava la pena se il colpevole aveva commesso il reato, mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale⁸.

Quest'aggravante, dichiarata illegittima, possedeva, però, una sorta di "fratello maggiore", il reato di immigrazione clandestina (e in Corte costituzionale il Relatore era addirittura lo stesso, l'Avv. Giuseppe Frigo); qui la Corte Costituzionale, che non salvò l'aggravante, tenne invece in piedi il reato e, ciò nonostante, questo reato ha lasciato fortemente perplessi, non solo da un punto di vista costituzionale⁹.

Le perplessità sono sorte per come è stato costruito: pensate prima di tutto che il reato era di competenza non già del giudice ordinario, come era previsto nell'originario progetto di legge della Lega (perché è chiaro da dove proviene un reato di questo genere, direi dal partito di maggiore ispirazione "razzista"), bensì lo stesso era di competenza del giudice di pace e già questa rappresenta un'ulteriore anomalia, perché il giudice di pace è, praticamente, il "figlio" del giudice conciliatore, cioè colui il quale dovrebbe mettere d'accordo le parti, tanto che è obbliga-

⁶ Sulla "irrelevanza penale del fatto", sia consentito il rinvio a Manna, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, in *Critica del diritto*, 2001, 388 ss.

⁷ Tale progetto di depenalizzazione del 23 aprile 2013 trovano pubblicazione in *RIDPP*, 2013, 1587 ss.

⁸ Corte cost., sent. n. 249 dell'8 luglio 2010.

⁹ Corte cost., sent. n. 250 del 2010.

torio il tentativo di conciliazione e le sanzioni riguardanti la privazione della libertà personale, limitate al profilo della detenzione domiciliare, lasciano alquanto perplessi, perché non si tratta di un giudice togato. Comunque, le sanzioni principali sono di carattere risarcitorio, e quindi, evidentemente, laddove si cerca di mettere in contatto autore e vittima e dove l'autore "va incontro alla vittima", nell'ottica della prevenzione speciale, ciò non ha nulla a che vedere con l'immigrazione clandestina.

Qui, invece, per l'immigrato clandestino non solo se ne occupava il giudice di pace, ma addirittura la pena per questo reato era una sanzione pecuniaria; voi immaginate ad un immigrato clandestino che scende dal barcone "più morto che vivo", dopo aver pagato una consistente cifra allo "scafista", con quale senso di giustizia gli si possa irrogare una sanzione pecuniaria? Dove ne prenderà l'ammontare, nessuno può saperlo, ma il problema è che il legislatore sa invece benissimo che non potrà mai pagare la sanzione, e allora che cosa gli applicava? Una misura alternativa alla detenzione, cioè, il ricovero nei famosi centri di prima accoglienza, in cui si duplicava il procedimento amministrativo per gli immigrati clandestini; sussisteva quindi anche la "parte penale", ma con un'ulteriore illogicità¹⁰.

La sanzione principale, infatti, quella pecuniaria, risultava, al contrario di ciò che avviene di regola, una sanzione *meno grave*, sotto il profilo dei beni coinvolti, rispetto alla misura alternativa del ricovero nei centri di prima accoglienza, che non sono poi tanto diversi dagli istituti di carattere detentivo.

Si assisteva, quindi, ad un esempio tipico di diritto penale "simbolico", espressivo di una legislazione razzista, tant'è che un grande filosofo del diritto, del calibro di Luigi Ferrajoli, ha affermato che è la prima volta che incontriamo una legge "razzista", dopo le famose leggi contro gli ebrei della fine degli anni '30 in Italia; bisogna aggiungere come abbia perfettamente ragione¹¹.

Ciò spiega, dunque, la ragione per cui finalmente il legislatore, con L. n. 67 del 28 aprile 2014, recante: «*Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*», nell'art. 2, comma 3, ha così statuito: "La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: ... b) abrogare, *trasformandolo in illecito amministrativo*, il reato previsto dall'art. 10 *bis* del T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al dlgs. 25 luglio 1998, n. 286" (corsivo aggiunto). Ciò che, dunque, non era riuscito, se non in parte, alla Corte costituzionale, è ora stato, per fortuna, *ultimato dal legislatore*.

¹⁰ Sia consentito, in argomento, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, il rinvio a Manna, *Corso di diritto penale*, 2ª, Padova, 2012, 677 ss.

¹¹ Manna, *Corso, etc.*, loc.ult.cit.

4. Secondo problema, che riguarda anche gli immigrati: *quid iuris* se l'immigrato commette un reato che nel suo Paese d'origine non è tale, ma è espressione di un diritto o è manifestazione di una pratica religiosa? Pensate, ad esempio, alle mutilazioni genitali femminili, che da noi integrano un'aggravante specifica.

Il problema è il seguente: se la persona che proviene da un Paese e da una cultura diversi e non percepisce, quindi, il disvalore penale di quel tipo di comportamento, perché per il suo modello culturale, o religioso, non integra un illecito, cosa deve prevalere, la legge penale italiana, come taluni sostengono, oppure una causa di giustificazione, o una causa di esclusione della colpevolezza, o anche soltanto un'attenuante¹²?

Crediamo, in primo luogo, che la materia, nonostante l'autorevole parere della collega De Maglie, non si presti ad essere incasellata nelle cause di giustificazione, perché, almeno a nostro avviso, non si tratta di un problema di «antigiuridicità», bensì di «colpevolezza».

Non si può, infatti, muovere facilmente un rimprovero, nel senso appunto del giudizio di colpevolezza, ormai «restaurato» dalle sentenze 364/88 e 1085/88 della Corte costituzionale¹³, ad una persona che proviene da una cultura diversa. Non possiamo, cioè, imporre, in una società multiculturale, la *nostra cultura* e pretendere che la osservino anche coloro che provengono da culture di tipo diverso, anche se commettono fatti che «danneggiano» l'altro.

Ecco perché il diritto penale non può non tenerne conto, perché bisogna anche tener presente questi problemi attinenti alla mancata percezione del «disvalore del fatto». Tuttavia, proprio per evitare un indebolimento eccessivo della tenuta general-preventiva del sistema, la soluzione più equilibrata sembrerebbe consistere in un'attenuante *ad hoc*, rispetto ad una causa di esclusione della colpevolezza, che, invece rischierebbe di sacrificare eccessivamente la funzione di «orientamento culturale» della «nostra» norma penale. Va da sé che la prospettata attenuante dovrebbe entrare nel giudizio di bilanciamento con aggravanti del tipo delle mutilazioni genitali femminili¹⁴ e che, inoltre, in casi estremi, ove davvero non è possibile muovere alcun giudizio di rimprovero, si potrebbe pervenire ad una esclusione della colpevolezza, evidentemente perché la norma penale ha abdicato alla sua *Appelfunktion*.

¹² Cfr., in argomento, per tutti, De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli*, Pisa, 2010, e gli Aa.Vv. ivi citati.

¹³ Su cui cfr., autorevolmente, Vassalli G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 11 ss.

¹⁴ Su tale aggravante, cfr. Salcuni, *sub artt. 583 bis e 583 ter*, in Manna (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 124 ss.; dello stesso, più in generale, sui reati culturalmente orientati e per l'opzione a favore della soluzione legata alla colpevolezza, v. Id., *Multiculturalismo e forme di democrazia*, in Stortoni-Cagli (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, Bologna, 2012, 101 ss.

5. Una terza ragione di riflessione è quella che si trova nel libro del Prof. Tucci sul processo a Pasolini, per il film “La Ricotta”, dove siamo di fronte al vilipendio della religione e quindi ai reati di opinione¹⁵. Per fortuna, però, il caso si concluse felicemente almeno con la sentenza di secondo grado, mentre la Cassazione fu, purtroppo, meno benevolmente orientata in tale ultimo senso¹⁶. Piace a tal fine ricordare anche il difensore, l’Avv. Giuseppe Berlinger, che poi fra l’altro, morì quando si trattava di difendere gli studenti, all’epoca della rivolta di Valle Giulia alla fine degli anni ’60.

A questo proposito, sia detto fra parentesi, in quegli anni, è importante ricordare anche un grande magistrato romano, Giuseppe Giallombardo, che aveva creato un’associazione fra magistrati e avvocati, i c.d. «comitati di azione per la giustizia», alla fine degli anni ’50, e che è durata sino alla metà degli anni ’80, perché si instaurasse un colloquio reciproco; fu un esperimento particolarmente interessante e, per molti versi, antitetico al conflitto latente e, sovente, anche espresso ed aspro, fra magistratura ed avvocatura, che si può, invece, attualmente constatare.

A questo punto, si deve accennare anche ad un ulteriore aspetto della problematica, relativa ai reati di opinione, che porta oggi ad una tematica di grande attualità, cioè il reato di “negazionismo”¹⁷.

Si tratterebbe di incriminare coloro che negano la *Shoah*, e, quindi, negano l’esistenza dei campi di concentramento nazisti.

Ora, com’è noto, la questione si presenta estremamente controversa: trattasi, in primo luogo, sicuramente di un reato di opinione e, non a caso, recentemente a Roma, un professore di liceo fu assolto; però in Parlamento giace un progetto di legge¹⁸ che invece incrimina il reato di negazionismo e così avviene anche in altri Paesi europei e pure a livello CEDU.

Suscita, però, notevoli perplessità tale incriminazione, anche perché gli storici sono del tutto contrari, e tali perplessità sono dovute ad una ragione molto semplice: perché così si lede la libertà di manifestazione del pensiero. Non si può, infatti, legittimamente incriminare un’opinione, anche se trattasi della più odiosa, assurda, allucinante che possa essere. Perché, altrimenti, si viola la libertà di opinione, che invece può essere limitata, almeno espressamente, solo in materia di buon costume, come afferma l’art.21 della Costituzione¹⁹.

¹⁵ Fiore C., *I reati d’opinione*, Padova, 1972; Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008.

¹⁶ Con la sentenza della I Sezione penale della Corte d’Appello di Roma, 6 maggio, 15 giugno 1964, Pasolini fu assolto «perché il fatto non costituisce reato». La Cassazione, con sentenza 24 febbraio 1967, n. 328, annullò tuttavia la sentenza di secondo grado per errore di diritto e vizio di motivazione, ma senza rinvio, essendo nel frattempo il reato estinto per intervento dell’amnistia del 1966: cfr. Tucci, *La giustizia, etc.cit.*, 163.

¹⁷ Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012.

¹⁸ Cfr. Fronza, *op.loc.ult.cit.*

¹⁹ V. Pace-Manetti, *sub art. 21*, in *Commentario della Costituzione, etc.cit.*, Bologna, 2006.

A questo proposito, va ricordato Carl Schmitt, in quell'”aureo libretto”, *Ex Captivitate Salus*²⁰, ove egli narra quando fu arrestato nel 1946 dagli americani e interrogato dal colonnello dei Marines. Carl Schmitt si difese, sostenendo all'incirca: “È vero, io ho affermato idee che oggi sono considerate aberranti, ero il teorico del nazismo, ma io non ho danneggiato nessuno, perché svolgevo soltanto le funzioni di professore universitario! Perché, dunque, mi incriminate per un'idea?”

Il colonnello dei Marines americani, forse proprio a causa del ben noto emendamento alla Costituzione americana, relativo alla “*freedom of speech*”, dopo alcuni mesi lo liberò e, infatti, il grande, seppur discusso, costituzionalista tedesco concluse la sua vita terrena in una villetta vicino Monaco.

6. Ultimo rilievo da sviluppare, circa, appunto, i soggetti deboli, gli umili, coloro che soffrono, è quello relativo ai “malati terminali”.

È assai recente un appello molto importante del nostro Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, in favore di un ripensamento della tematica, non solo del diritto a non curarsi, ma financo del diritto a morire, cioè dell'eutanasia²¹.

È questo un tema che, com'è noto, divide le coscienze, però è un problema che prima o poi dobbiamo porci, possibilmente scevri da condizionamenti etico-religiosi.

Presso la Camera dei deputati giace, infatti, ancora il noto progetto Calabrò²², che fu emanato quando si verificò l'epilogo del caso della Eluana Englaro²³. Ricordate, l'allora *premier*, On. Berlusconi, che pretendeva che il Parlamento approvasse il progetto nel giro di pochissimo tempo, anche perché addirittura ebbe a sostenere che la Englaro sarebbe stata ancora in grado di procreare, dopo più di quindici anni di stato vegetativo – nonché è ancora vivida l'immagine dell'On. Quagliariello che in Parlamento gridava: «Assassini, assassini!», anche se lo stesso ha tentato *a posteriori* di diminuire la portata della sua invettiva. Fu dunque varato un decreto legge che, per fortuna, il Presidente Napolitano non firmò. Morì, nel frattempo, Eluana Englaro e “cessò”, quindi, l'urgenza relativa alla materia del contendere!

In questo progetto di legge si prevede, comunque, l'alimentazione e l'idratazione forzata, il che significa introdurre coattivamente un tubo in bocca ad una persona ed alimentarla ed idratarla, quindi, contro la sua volontà.

²⁰ Schmitt, *Ex Captivitate Salus*, (tr. it. di Mainoldi), 3^a, Milano, 1987; v. anche Id., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Milano, 2005 (ed. curata da Agamben).

²¹ Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001; nonché, volendo, anche Manna, *sub artt. 579-580*, in Id., *Reati contro la persona, etc.cit.*, 40 ss.

²² Manna, *Le cc.dd. direttive anticipate di trattamento tra fughe in avanti della giurisprudenza e spinte regressive da parte del legislatore*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, III, 1561 ss.

²³ Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *DPP*, 2007, 1561 ss.

In questa prospettiva è evidente che la salute e, soprattutto, la vita, non costituiscono beni “disponibili” della persona, bensì beni appartenenti allo Stato, od alla divinità, a seconda dell’ottica originariamente “fascista” o dell’ottica “cattolica”, quindi del tutto al di fuori di quella, invece, di natura costituzionale.

Fa, quindi, piacere che il Presidente della Repubblica abbia ricordato la tematica dell’eutanasia, che, persino a livello «attivo», è stata dichiarata lecita, sia pure a condizioni molto restrittive, dall’Olanda, dal Belgio e dallo Stato del New Jersey, negli USA²⁴. Crediamo, quindi, che questo importante monito debba essere raccolto, anche se, personalmente, lo scrivente nutre moltissimi dubbi che vedremo prossimamente una legislazione su questo punto, perché è da tanto tempo che se ne discute, ma le resistenze, in particolare «oltre Tevere», sono notevoli.

Una legge che dia almeno la possibilità al soggetto di poter rifiutare le cure, nel senso dell’eutanasia c.d. *passiva*, sembra tuttavia che sia perlomeno un tema da discutere con profitto e con maggiori possibilità di essere accettato anche dal versante cattolico, che, infatti, da tempo è, ad esempio, contrario al c.d. accanimento terapeutico²⁵.

7. Vorremmo concludere queste nostre osservazioni, con il ricordo, effettuato dal Prof. Tucci nel suo libro, di un «conterraneo» dello scrivente, di origine, infatti, marsicana, cioè Ignazio Silone. Figura discussa, iscritta prima al Partito comunista, poi passato ai socialisti, ma sospettato di appartenere all’OVRA²⁶, scrisse due importanti romanzi, *Fontamara*²⁷ e *Cronaca di un povero cristiano*²⁸, che narrano le vicende dei «cafoni», cioè, come affermerebbe il Tucci, degli “ultimi”, che non trovano in questa vita alcuno sbocco ai loro gravi problemi, ma forse la potranno rinvenire in un’altra, se credenti.

È una questione che attualmente si ripresenta con i migranti e, pensando a tutti costoro, un grazie sincero va all’amico e collega Giuseppe Tucci, per averceli ricordati e soprattutto “impressi nella memoria”.

²⁴ Tripodina, *Il diritto nell’età della tecnica. Il caso dell’eutanasia*, Napoli, 2004.

²⁵ V., a questo proposito, l’allocuzione di Pio XII alla Sacra Congregazione per la Dottrina della fede, della metà degli anni ’50, su cui Manna, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984.

²⁶ Anzi, la più moderna storiografia lo dà per sicuro ed indica anche i nomi «in codice», cioè Tranquilli Secondino, *alias* «Pasquini», «Silvestri», etc.: così Giacomini, *Il giudice e il prigioniero. Il carcere di Antonio Gramsci*, Roma, 2014, 37, 103, 112, 140.

²⁷ Silone, *Fontamara*, Zurigo-Parigi, 1933.

²⁸ Silone, *Cronaca di un povero cristiano*, Milano, 1968.

Diritti degli esclusi e immigrazione. Una breve analisi per una corretta risposta giudiziaria

di Leonardo Leone De Castris

Come quasi tutti i giuristi baresi ho avuto come riferimento il professor Tucci nel corso dei miei studi di diritto; non ho seguito personalmente le sue lezioni ma mi sono formato sui suoi testi; ho sempre fatto il pubblico ministero, cioè ricoperto quel ruolo, in magistratura che si occupa di indagini preliminari, che con una curiosa definizione viene indicato come il titolare dell'esercizio dell'azione penale, ovvero del momento genetico del processo e della successiva rappresentazione dell'accusa. Mi piace precisare questo aspetto poiché credo che il senso dell'invito fattomi dagli organizzatori, di presentare il libro del professor Tucci, fosse quello di fornire una visione diversa da quella prettamente accademica, e portare una testimonianza per così dire interna all'apparato giudiziario, sintetizzando quale possa essere il livello di attenzione che la giurisdizione riserva ai diritti degli esclusi.

Il tema della tutela sociale e giurisdizionale del diverso, del soggetto più debole è argomento centrale in tutti gli ordinamenti ed è a mio parere uno dei principali indici rivelatori per verificare il tasso di democrazia in ogni società organizzata; esso investe questioni generalissime, definisce in parte la risposta che ogni ordinamento fornisce all'idea stessa di diritto e può essere destinato alla mera tutela dell'esistente, ovvero rappresentare uno straordinario strumento in mano alle classi dirigenti per intervenire nell'equilibrio delle diversità.

Per tornare al tema, mi piace osservare come, nella Giurisdizione, il pubblico ministero costituisca il primo momento di tutela delle differenze in tutte quelle innumerevoli situazioni che vanno dalla salvaguardia dei soggetti vittime di attività mafiose, al cittadino vittima di comportamenti concussori da parte della pubblica amministrazione, al minore o alla donna abusati, alla circonvenzione di portatori di handicap ed anche al soggetto destinatario di comportamenti razzistici.

Si tratta di temi particolarmente sensibili che spesso l'organizzazione delle Procure della Repubblica, presso le quali pacificamente è ormai seguita la regola di istituire delle priorità nella gestione dei procedimenti, sia pure nel pieno rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, consente di trattare con precedenza e attraverso canali che ne garantiscono una più veloce definizione, proprio a salvaguardia di posizioni ritenute particolarmente meritevoli di attenzione e di soluzione processuale;

questo certamente non significa “scegliere” i processi, ma neppure approssiare ogni fattispecie in senso burocratico e applicare asetticamente la norma. Attribuire priorità ai procedimenti relativi a fatti per i quali sia stato leso un diritto particolarmente meritevole di tutela, significa per esempio assicurare un rapido ristoro alla persona offesa o alla parte civile, evitare la prescrizione del reato, riconoscere o meno un’aggravante davanti ad un evidente scompensamento di interessi in gioco, addirittura ritenere che la diversità, con la condizione di soggezione della persona offesa in qualche caso possa costituire, in sé, elemento causativo del reato, ovvero ancora chiedere una misura cautelare o interdittiva che interrompa la condotta delittuosa, senza rispettare un criterio meramente cronologico inerente alla data del connesso reato o alla presentazione della notizia di reato da parte della polizia giudiziaria.

Non potrà sfuggire come l’argomento ponga problematiche assai delicate e imponga un’evidente scelta di campo dell’interprete, che tuttavia dovrà prestare la massima attenzione a non farsi trasportare dal proprio credo, dalle proprie convinzioni ideologiche, o peggio dal proprio arbitrio, sempre invece rispettando i principi costituzionali. La professionalità del pubblico ministero dovrà in questi casi essere spinta al massimo, evitando che il magistrato possa essere condizionato da qualsivoglia fattore esterno, ad esempio legato all’orientamento dell’opinione pubblica, o ad un’eventuale campagna di stampa contraria ovvero ancora alle politiche governative.

Ricordo bene nel corso della mia carriera di avere almeno in due occasioni avvertito nettamente il peso del razzismo intorno alle questioni di cui mi andavo occupando, tanto da provocare in me una sensazione di forte isolamento.

Nel marzo del 1997 si verificò una delle più grandi tragedie legate all’immigrazione mai occorsa del Mediterraneo, ovvero l’incidente del Canale d’Otranto nel corso della quale nave della marina militare italiana, in ambito di operazioni di controllo dell’immigrazione collise con un’imbarcazione albanese provocando la morte di 110 persone, di cui circa 60 bambini di età compresa fra i due e i dieci anni; due giorni dopo il Presidente della Camera disse che gli albanesi bisognava respingerli in mare. In questo clima, in una Procura della Repubblica come quella di Brindisi formata prevalentemente da ragazzini come me, come si diceva all’epoca, dovetti affrontare delle scelte che richiesero oltre ad un complicato lavoro di ricerca giurisprudenziale, e di studio delle leggi e delle convenzioni marittime internazionali, anche un difficile lavoro di introspezione e di complessiva valutazione di prognosi processuale.

Si poteva scegliere fra tre soluzioni: archiviare il procedimento, visto che il fatto era successo in acque internazionali e vi era assoluto dubbio in ordine alla esistenza della giurisdizione italiana; procedere ad un’istruttoria leggera e poi esercitare eventualmente l’azione penale, basandosi sulle testimonianze di militari italiani e dei naufraghi albanesi, e quindi sostanzialmente rinviare al momento dibattimentale la

verifica di ogni responsabilità; oppure cercare di risalire il più possibile alla verità, ripescando il relitto da 800 metri di profondità e soprattutto recuperando i corpi di 110 albanesi. Decisi di adottare quest'ultima soluzione per un duplice ordine di ragioni: da un lato per verificare esattamente la dinamica del sinistro, valutazione per la quale il recupero dei mezzi interessati sarebbe risultato indispensabile; dall'altro ritenni indispensabile dare un nome alle vittime, rendendo così obiettivamente possibile un risarcimento, che, se vogliamo, alla fine non poteva che rappresentare il principale traguardo dell'intera vicenda. Ricordo ancora la grande impressione che la vicenda giudiziaria suscitò in un'opinione pubblica divisa tra coloro che videro subito nella marina militare l'istituzione moralmente e politicamente responsabile della tragedia, e coloro che con interrogazioni parlamentari, articoli di giornale, interventi pubblici ma anche lettere personali inviate al pubblico ministero, e persino anonimi offensivi, contestarono le scelte processuali, in base alla motivazione che la ragguardevole somma di denaro investita nella consulenza tecnica, e in particolare nel recupero del relitto, non aveva una sua ragion d'essere, tenuto conto che quelle somme, provenienti dalle tasse degli italiani, avrebbe potuto essere impiegate per dar lavoro ai disoccupati; complessivamente trassi l'impressione che questa parte del paese ritenesse che nei confronti degli immigrati vittime dell'incidente il diritto dovesse essere sospeso, quasi non si trattasse di persone.

Riuscimmo comunque a portare a termine le operazioni di recupero e l'intera indagine preliminare, fornendo una ricostruzione e un'impostazione accusatoria che resse in tutti i gradi di giudizio, fino ad arrivare alla recente sentenza definitiva di condanna; osservo oggi, con il distacco reso possibile dal passare del tempo come le ostilità di cui ho parlato, molto verosimilmente, non furono soltanto dovute ad un'ottusa mentalità razzista, e al pregiudizio che sempre circonda le vicende legate all'immigrazione, bensì soprattutto ad una sorta di generale complesso di colpa, per cui di fronte all'enormità dell'evento, verificatosi per mano di italiani, ovvero in casa di un popolo che ha sempre tradizionalmente aiutato i paesi in difficoltà (gran parte dell'opinione pubblica è ancora convinta che gli italiani si sono sempre comportati da benefattori del mondo, anche quando andavano hanno colonizzato la Siria e il Corno d'Africa) fosse intervenuta una sorta di difficoltà psicologica ad accettare un epilogo così cruento, quasi che la violenza verbale contro le scelte giudiziarie, potesse nascondere una ferita che non poteva essere accettata e metabolizzata.

Gli altri episodi in cui chiaramente ho avvertito il razzismo strisciante e l'ostilità della maggioranza dell'opinione pubblica nei confronti delle scelte giudiziarie si sono verificati in Calabria, nel corso degli oltre quattro anni in cui ho ricoperto l'incarico di Procuratore della Repubblica di Rossano, territorio caratterizzato da una prevalente vocazione agricola per la coltivazione di agrumi. In quelle zone diffusissima è la pratica di perpetrare truffe in danno dell'Inps, simulando l'impiego di

falsi braccianti, da parte di aziende, a volte colluse con la criminalità organizzata, a volte semplicemente conniventi, così consentendo a finti occupati, e ai patronati che li gestiscono, di conseguire indebite percezioni relative a indennità di disoccupazione, malattia o gravidanza. Tutte le indagini e i processi che si sono susseguiti hanno dimostrato come la pratica in questione costituisca in realtà un vero e proprio sistema, quasi un ammortizzatore sociale, attraverso il quale migliaia di famiglie percepiscono un reddito parallelo, con un enorme danno delle casse pubbliche; in realtà gli elenchi dei falsi braccianti sono formati in gran parte da persone assolutamente estranee al mondo agricolo e addirittura spesso formalmente impiegate in altre attività, ovvero appartenenti a famiglie agiate di professionisti locali.

È chiaro tuttavia che parallelamente, viene gestito più o meno dalle stesse organizzazioni, un altro mercato ovvero quello dello sfruttamento del lavoro in nero degli stranieri, prevalentemente extracomunitari, che vengono sfruttati e pagati dai €20 ai €30 al giorno. Questo meccanismo è diventato così normale, e così metabolizzato dalle popolazioni locali, che l'aspetto truffaldino, ma anche quello del lavoro nero con tutto quello che ne consegue, caporalato, degrado delle condizioni di vita, riduzione in schiavitù, da non venire più avvertito con il dovuto disvalore, ma anzi considerato una delle componenti del Pil regionale. L'aver esercitato la giurisdizione in forme di contrasto nei confronti dei suddetti fenomeni, ha fatto avvertire in noi tutti magistrati impegnati l'evidente ostracismo dell'opinione pubblica e anche di molte rappresentanze politiche, oltre che degli organi di stampa.

Volendo peraltro operare una considerazione di carattere più generale, anche a livello di rappresentanza politica nazionale, non si può fare a meno di osservare che in uno dei paesi più industrializzati d'Europa, in cui peraltro si è formata la cultura del diritto moderno, sono presenti in Parlamento, con un chiaro mandato di rappresentanza in questo senso da parte degli elettori, partiti politici che fanno del razzismo conclamato, o comunque della discriminazione del diverso, ormai una delle loro parole d'ordine; questo dato non può essere ignorato o peggio interpretato come l'espressione di una cultura marginale, frutto di ignoranza e separazione territoriale. Dovrà invece essere sempre più chiaro che il problema dell'immigrazione andrà affrontato sotto aspetti molteplici, inerente, per sintesi, ad almeno tre momenti: il primo è quello per cui noi dovremo garantire alle persone migranti, che cercano un futuro, che spesso sfuggono situazioni intollerabili, massacri e guerre, di potere ottenere un trattamento e un'integrazione, ovvero un avviamento ad una vita possibile, con un lavoro e delle prospettive; ancora avremo il dovere di garantire alle popolazioni che ricevono queste persone, che i loro diritti non saranno violati, non saranno stravolte le loro abitudini e sarà garantita la propria sicurezza. C'è poi il terzo problema, ovvero la ricaduta sulla giurisdizione di tutti i fenomeni connessi all'immigrazione; al riguardo credo che onestamente non possa dubitarsi che alcuni

fenomeni migratori, mi riferisco soprattutto ai flussi provenienti dall'Albania, dalla Nigeria dal Nord Africa e dalla Romania, pongono un problema di ordine pubblico, e conseguentemente di connesso costo sociale. Non può infatti negarsi che il racket della prostituzione sia nel nostro paese pacificamente gestito da organizzazioni criminali albanesi e nigeriane, così come anche una parte del traffico di stupefacenti, in particolare eroina e marijuana; del pari non meno grave è il gravissimo fenomeno delle rapine nelle zone residenziali nell'Italia settentrionale, o comunque in zone isolate della campagna, ove alcune bande formate da cittadini romeni, esprimono un livello di violenza e crudeltà difficilmente immaginabili. Si tratta di situazioni che è bene conoscere e di cui è assolutamente necessario parlare in maniera forte concreta, senza remore e senza preconcetti ideologici, proprio al fine di scongiurare la radicalizzazione di risposte di tipo razzistico, che rischiano di essere non comprese da quella parte della popolazione non direttamente investita da questi fenomeni, e portare ad una risposta violenta e reazionaria, come pure sta avvenendo in alcune civilissime nazioni europee.

L'Università ed i diritti degli esclusi

di Onofrio Troiano

I. Numerosi sono gli spunti critici che nascono dalla lettura delle riflessioni del Prof. Giuseppe Tucci su “La Giustizia e i diritti degli esclusi”. Ne analizzerò quattro, non tanto nella prospettiva del diritto privato, quanto in quella di una Istituzione, l'Università, in profondissima crisi, non solo finanziaria, ma connessa alla sua stessa funzione, che ha svolto fin dalla sua prima comparsa, a Bologna.

Il primo punto è una caratteristica che l'Università, ed anzi larga parte del ceto docente, ha avuto nel periodo precedente la crisi attuale, diciamo dal dopoguerra (e segnatamente dagli anni sessanta) fino all'inizio degli anni ottanta: l'atteggiamento militante, ricordato anche dal Suo allievo Prof. Calderale nella citazione di Marx, citato dal Prof. Tucci nell'introduzione alla monografia sulle garanzie, che peraltro traeva ispirazione essenzialmente dalla comparazione con l'esperienza del *common law* statunitense.¹

La militanza significava cose che oggi si sono perse, ma che coincidevano spesso con l'impegno civile del professore di Università, ancor prima dell'(eventuale) impegno politico.²

Quella militanza si ritrova proprio nella scelta e nel modo in cui si affrontano le problematiche nel libro del Prof. Tucci: l'attenzione del giurista alle problematiche degli “esclusi” e, in particolare a quella particolare categoria di esclusi, che comprende quanti si vedono riconosciuti meno diritti degli altri perché, dichiaratamente, non appartenenti alla Comunità insediata su un territorio nazionale. Agli esclusi perché diversi; una diversità che investe l'origine territoriale, mentre ieri ha investito l'opinione politica, religiosa, ecc.

L'a. celebrato è simbolo vivente del virtuoso connubio tra la sinistra (o, se si vuole utilizzare una terminologia decisamente veterana, l'ideologia comunista) ed il solidarismo di matrice cattolica. Sembrerebbe però che, negli ultimi decenni, l'ambito di tale virtuoso incontro – che notoriamente ha dato i suoi più rilevanti frutti

¹ G. Tucci, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974.

² Mi permetto di fare quasi un'introspezione psicologica, rilevando quanto la storia personale dell'autore da noi celebrato sia vicina a quella dei portatori di handicap, nonché ad un'altra forma di esclusione, che ha lambito il nostro autore e che mi è stata rivelata da un altro Maestro barese del diritto privato, il Prof. Michele Costantino, il quale un giorno mi confidò che il nostro a. ebbe qualche difficoltà a “vincere” la cattedra di diritto privato non perché non fosse un giovane brillante, ma perché era iscritto al partito comunista, e negli anni '60 per un aspirante professore universitario questa militanza generava problemi di accesso.

nell'elaborazione del testo costituzionale italiano – non sia più quello politico, ma il sociale. E purtroppo, quando si tratta di fornire garanzie minime agli “esclusi” si pone una questione di diritti e quindi è il versante politico quello che rileva.

A fasi alterne, la nostra nazione si è occupata del problema, ha almeno cercato di affrontarlo. A fasi alterne, come emerge dalla inequivocabile posizione di alcune parti politiche, i cui esponenti hanno rivestito importantissime cariche istituzionali e che hanno fatto della politica dei ‘respingimenti’ la propria bandiera, condizionando i governi nell’ultimo ventennio.

Ma, se la posizione di alcuni partiti si spiega anche con politiche che non hanno mancato di avere ritorni sul piano elettorale, è pur vero che non sono mancate onerose iniziative umanitarie – tanto più apprezzabili in quanto intraprese in periodi di grave crisi economica – tese a fornire una prima necessaria assistenza/salvataggio a quanti emigrano nella nostra nazione per sfuggire a guerre, persecuzioni e regimi totalitari affrontando, con donne e bambini, traversate sul mare Mediterraneo in barconi assai precari e zeppi di gente senza il minimo indispensabile quanto a condizioni igienico sanitarie, rifornimenti di cibo ed acqua, sicurezza minima nella navigazione.

Il nodo più difficile è senza dubbio quello che riguarda l’Europa, anzi, l’Unione europea.

Le carenze della politica sull’immigrazione, di fatto scarica su pochi Stati (membri) nazionali – e l’Italia è in prima linea – il peso di fronteggiare ondate migratorie inarrestabili.

Questa politica ha certo una sua razionalità: gli Stati membri più ricchi e potenti sono da sempre la meta più ambita degli emigranti, che intendono il luogo/nazione di sbarco come tappa verso i paesi più ricchi. Di qui un comportamento di questi ultimi teso ad evitare di aiutare i paesi di ingresso onde rendere più arduo il raggiungimento della meta finale. L’esito di tale politica – che tuttavia nulla può e mai potrà al fine di ridurre l’esodo – è solo quello di rendere più precarie e critiche le condizioni di quanti approdano o tentano di approdare sul continente europeo.

II. Il secondo aspetto, rilevato in particolare dal Prof. Rizzelli, è la prospettiva storica. Tutti i contributi del Prof. Tucci sono scritti in una prospettiva storica. L’analisi dei problemi, anche di quelli a più alto tasso di tecnicità giuridica, è condotta in modo attento a cogliere i profili evolutivi, la dinamica ed il senso di direzione dello sviluppo dei fenomeni economico-sociali, affinché il giurista possa intervenire con i propri strumenti concettuali per porre le regole più appropriate. Traspare anche il grande rispetto ed ammirazione per le ‘costruzioni’ dell’autonomia privata. Ma la prospettiva, si diceva, è quella dell’evoluzione storica – ‘combinata’ con il metodo comparativo, secondo l’insegnamento di Gino Gorla: “Comparison invol-

ves History” –, nella convinzione che lo studio del passato ci aiuta a comprendere, sia il presente, sia le evoluzioni future. È l’idea che i processi evolutivi siano in buona approssimazione prevedibili; ma anche è attenzione alle radici culturali (non solo giuridiche-culturali) delle esperienze giuridiche.

Questo metodo di lavoro ritorna nell’analizzare i diritti degli esclusi ed è precisamente il dubbio che atteggiamenti diffusi *auslaenderfeindlich* – dall’affermazione di una giovane Presidente della Camera italiana di buttare a mare gli albanesi, alla recentissima affermazione elettorale del partito della leader Le Pen in Francia, nazione simbolica nella storia europea, in quanto esperienza fondante della democrazia e delle libertà civili – non siano incidenti di percorso, ma trovino ‘ragione’ in una mentalità ancora diffusa e radicata al livello europeo e nazionale, che portano ad interrogarci sul concetto di uguaglianza e sull’idea di dignità umana.

Esiste un tessuto culturale che porta al respingimento di tutto ciò che non sia propria tradizione, proprie radici, propria storia. L’altro, il diverso, non fa parte del proprio territorio³.

III. Terzo punto, la magistratura. Ci salveranno i magistrati?

Il ruolo attuale della magistratura è quello di un potente bastione nella difesa dei diritti fondamentali, ruolo esaltato dalle carenze della politica.

Tale aspetto è particolarmente evidente e stridente proprio al livello europeo, sul versante internazionale della giurisprudenza – tante volte richiamata nel testo del Prof. Tucci – non tanto della Corte di Giustizia – che pure non manca di occuparsi di siffatte tematiche, interpretando le direttive in materia di immigrazione⁴ –, quanto della Corte europea dei diritti dell’Uomo, che ha condannato l’Italia per la vicenda del respingimento degli albanesi.

La magistratura ci ricorda che esistono diritti fondamentali degli esseri umani – cittadini, o non – che rappresentano la base su cui si articola ogni forma di convivenza civile. In assenza di altri poteri forti a cui rivolgersi, le istanze di protezione – purtroppo non immediata e naturalmente affidata allo svolgimento di processi giudiziari – di quelle parti oggettivamente incomprimibili, superate le quali, appare difficile riconoscere la concreta esistenza di un diritto (fondamentale), sono state proprio dirette ai magistrati invocando un patto tra Stati, significativamente figlio degli orrori della seconda guerra mondiale.

³ Sebbene il discorso sia declinabile in modo differente non ci si può esimere dal rilevare problemi simili nell’esperienza statunitense, terra del benessere (talvolta presunto tale) e perciò particolarmente attrattiva (o presunta tale).

⁴ Cfr. *ex multis*, Corte di Giustizia (Grande sezione) 30 novembre 2009, C-357/09 PPU, in tema di procedure nel rimpatrio di cittadini di paesi terzi, il cui soggiorno è irregolare, con particolare riferimento alla durata massima del trattenimento.

Obblighi internazionali assunti dagli Stati democratici per la tutela dei diritti fondamentali di individui in quanto tali, in quanto esseri umani.⁵

Io credo che si stiano scrivendo, in questi ultimi anni, pagine fondamentali e alte nella storia della magistratura, destinate a rimanere memorabili proprio per la rioscurità politica nell'affrontare i problemi.

La magistratura tiene alta la bandiera dei diritti fondamentali, impone il loro rispetto anche a fronte di iniziative statali contrapposte, mediando con i margini di apprezzamento.⁶

Sono evidenti anche i limiti delle iniziative giudiziarie, che non possono certo risolvere problematiche così generalizzate, che riguardano numeri sempre crescenti di persone, negli ultimi anni con il carattere di vero e proprio esodo. A ciò può porsi fronte solo con sforzi organizzativi, che la magistratura non può istituzionalmente compiere perché rientrano nell'attività degli Stati e delle pubbliche amministrazioni.

Ma, si torna a ribadire, il ruolo della magistratura è stato ed è importantissimo e pure destinato ad interferire sulle modalità in cui gli Stati concretizzano i loro sforzi organizzativi, valutandone la conformità al rispetto dei diritti fondamentali.⁷

IV. L'ultimo aspetto è sotteso ad un profilo che investe il ruolo dell'Università: la formazione, l'*education*.

Bellissime sono le pagine in cui il Prof. Tucci ricorda un giovane Maestro di origini siciliane che, ad un certo punto, girando per l'Italia, approda a Rossano Calabro e diventa il Maestro nella classe scolastica di suo padre.

È un Maestro atipico; racconta cose diverse rispetto ai programmi di insegnamento del ventennio fascista. Un Maestro, che racconta l'altro lato della medaglia, che fa soprattutto formazione, che stimola lo spirito critico, che educa alla percezione e rispetto della diversità.

In un frangente storico come quello attuale, tanto più, io credo, siano importanti iniziative analoghe a quella odierna. Credo che nei nostri giorni il valore dell'Università non debba chiudersi nell'acquisizione – importantissima, beninteso – di conoscenze specialistiche. Credo che si debba andare oltre: stimolare la partecipazione studentesca ad iniziative da assumere sui problemi attuali (anche locali), iniziative che sappiano trasmettere valori condivisi che la società ed i *mass media*, nell'epoca di

⁵ Anche la nostra Corte di Cassazione mostra sensibilità per le cennate tematiche: cfr. Cass. 17 novembre 2008, n. 27310, in materia di riconoscimento dello *status* di rifugiato, con particolare riferimento all'onere della prova.

⁶ Cfr. S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, 343 (in tema di rapporti familiari).

⁷ Ad esempio, con riferimento alle politiche di espulsione degli stranieri, Bartole, De Sena, Zagrebelsky, cit., 344 e ss.

facebook e *twitter* paiono trascurare, ma che, al contrario, è importante che gli studenti percepiscano e collochino in una scala di valori.

Credo che l'Università debba aprirsi alla società civile ed ai suoi problemi, diventando il luogo neutro di partecipazione e dialogo culturale, un ruolo che ha svolto in decenni passati, fino all'inizio degli anni ottanta, ma dal quale si è lentamente ritirata con grave danno per gli studenti.

Vorrei concludere con un esperimento fatto, con un po' di forzatura, quest'anno, nell'ambito del programma di Istituzioni di diritto privato. Si è sperimentata una settimana di lezioni, volte ad associare al momento cattedratico esperienze di campo: il diritto nel momento di applicazione alla vita reale della società e delle imprese.

Il tema era (è qui la forzatura) tutto incentrato sulla proprietà intellettuale e – oltre ai giuristi – è venuto a raccontare la sua esperienza anche l'amministratore delegato di un'impresa pugliese, leader mondiale nel settore degli scambi e sistemi di sicurezza nel trasporto ferroviario.

La sua richiesta – dopo aver convenuto sull'oggetto della sua conferenza – è stata di poter parlare anche dell'importanza del rispetto della legalità per un'impresa che si muove in ambiti internazionali. Sono stato sorpreso e molto contento di siffatta richiesta '*glocal*', che felicemente coniugava un aspetto internazionale ad un problema locale, assai sentito specie nel meridione d'Italia; e soprattutto perché faceva intendere al pubblico che anche le regole giuridiche più sofisticate non possono produrre i benefici che ci si aspetterebbe, in assenza di regole di convivenza improntate al rispetto per l'altro.

L'immigrazione nell'ordinamento giuridico brasiliano

di Alfredo Calderale

SOMMARIO: 1. L'immigrazione in Brasile. – 2. Flussi migratori ed economia brasiliana. – 3. Immigrazione e diritto privato.

1. Nel bel libro *La giustizia e i diritti degli esclusi* del mio maestro e amico Giuseppe Tucci un'attenzione particolare è dedicata alla questione dell'immigrazione in Italia, alle condizioni di nuova schiavitù in cui si trovano molti 'dannati della terra', all'azione delle corti dedite a ripristinarne almeno i diritti inviolabili¹ tra l'indifferenza se non l'ostilità di molta parte della società resa più impaurita ed egoista dall'attuale crisi economica e la crescente diffusione di concezioni autoritarie dello Stato e negatrici dell'universalità dei diritti fondamentali².

Lo scenario evocato da Tucci rende interessante ripercorrere brevemente le vicende dell'immigrazione in Brasile e del suo trattamento giuridico. Infatti, pur nella considerazione delle evidenti differenze ambientali in cui questo fenomeno si è manifestato nei due Paesi in quanto l'immigrazione in Brasile è stata essenzialmente incentivata e non osteggiata come in Italia, certe forme di discriminazione e, a volte, l'estrema durezza dei trattamenti riservati ai nuovi arrivati hanno indotto, nel corso del tempo, molti politici, intellettuali e giuristi brasiliani a percorrere una strada, per quanto tortuosa sia stata, verso l'integrazione degli immigrati e la tutela dei diritti delle persone che merita di essere conosciuta sia pure a grandi linee.

Consentendo allo «straniero con situazione irregolare» di richiedere e ottenere la residenza provvisoria e assicurandogli «i diritti e i doveri previsti nella Costituzione Federale del 1988, tranne quelli riservati esclusivamente ai brasiliani», la legge 2 luglio 2009, n. 11 costituisce il più recente e dignitoso capitolo della secolare storia dell'immigrazione in Brasile. Secondo quanto ha dichiarato il Presidente Lula durante la cerimonia di ufficializzazione della legge, la normativa risponde alla esigenza di trattare l'immigrazione irregolare come «una questione umanitaria» e non «come un

¹ Tucci, *Principio di eguaglianza e discriminazione per nazionalità e cittadinanza: Bonus Bebé e razzismo "padano" e Il matrimonio dello straniero in Italia e nella tradizione della nostra codificazione civile*. Da Pasquale Stanislao Mancini al "Pacchetto sicurezza", in *La giustizia e i diritti degli esclusi*, Napoli, 2013, 65 ss e 91 ss.

² Tucci, *Introduzione: I diritti fondamentali e lo inviolabili dei respinti in mare e i nuovi schiavi*, op. ult. cit., 16 ss.

problema di criminalità» e per questo ha adottato «un approccio inclusivo ed equilibrato tenendo presenti i principi dell'universalità, dell'interdipendenza e dell'indivisibilità dei diritti umani», contrapponendosi alla deludente «politica praticata dai paesi ricchi» tra i quali si deve indicare l'Italia, autrice della controversa legge 15 luglio 2009, n. 94, che già dal titolo, «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica», rivela una opposta impostazione. Per il Presidente le nuove disposizioni confermano la tradizionale disponibilità del Brasile, «nazione formata da immigrati», ad accogliere «europei, asiatici, arabi, ebrei, americani» e si basano anche sulla consapevolezza che il Paese ha «un debito storico con il popolo africano che mai potrà essere pagato in moneta, ma invece attraverso gesti come questo, attraverso la solidarietà e il riconoscimento». Oltre che la giustificazione di una politica lungimirante, «esempio che il Brasile vuole dare al mondo», in queste parole è possibile cogliere il riferimento alla stretta connessione tra schiavitù e immigrazione nella storia brasiliana.

Se la storia brasiliana è sin dalla stessa scoperta di Pedro Alvarez Cabral una storia di schiavi e di immigrati in senso molto ampio, dato che i primi a 'trasferirsi' nel Paese furono i colonizzatori portoghesi³, qui s'intende trattare specificatamente dell'ingresso degli stranieri che, in epoche diverse, hanno contribuito a formare il mercato libero del lavoro⁴ e dell'incidenza che questo dato ha avuto nelle riflessioni dei giuristi e nell'attività del legislatore.

2. Il primo significativo flusso di immigrati fu, nel XVIII secolo, quello dei portoghesi attratti dalla possibilità di arricchirsi con lo sfruttamento delle miniere del Minas Gerais. Essi provenivano dalle Azzorre e dalla zona del Minho, che aveva conosciuto un forte incremento demografico. L'immigrazione portoghese fu prevalente durante il 1700, mentre la presenza italiana fu limitata ed episodica⁵. Alla fine del secolo erano approdati in Brasile 600.000 portoghesi, in gran parte proprietari terrieri rovinati e imprenditori falliti nella madrepatria che, attraverso la distribuzione di *sesmarias*⁶, sognavano di arricchirsi velocemente per poi ritornare in Portogal-

³ Caio Prado Junior, *História Econômica do Brasil*, 40ª edição, São Paulo, 1993, 183.

⁴ Una preziosa rassegna della legislazione brasiliana in tema di immigrazione è stata curata da Bassenezi-Scott-Bacellar-Truzzi-Gouvea, *Repertório de legislação brasileira e paulista referente à imigração*, São Paulo, 2008.

⁵ Dal 1500 fino alla fine del 1700 giunsero in Brasile solo pochi elementi: marinai, viaggiatori, mercanti, sacerdoti, studiosi, ingegneri. L'unico contingente di una certa importanza fu rappresentato dai seicento soldati inviati dal Regno di Napoli e capitanati da Vincenzo Sanfelice, conte di Bagnoli, per aiutare le truppe portoghesi impegnate a combattere gli olandesi insidiatisi a Bahia nel 1624 e nel Pernambuco nel 1620. Quando le operazioni militari ebbero termine, alcuni soldati rimasero in Brasile.

⁶ La *sesmaria* è l'attribuzione di terra in cambio dell'impegno del ricevente di coltivarla (*sesmos*). La parola *sesmo* proviene dal latino *seximus* e significherebbe la divisione della terra da assegnare in sei lotti, uno per ciascun giorno della settimana, esclusa la domenica. Si tratta di un istituto della tradizione portoghese oggetto di una *lei* del 1375, la *Lei das Sesmarias*. Cfr. Marcello Caetano, *História do direito português*, 4ª edição, Lisboa-São Paulo, 2000, 280 ss.

lo. Poiché nel medesimo periodo furono condotti nella colonia anche 600.000 schiavi africani, il Brasile ebbe la maggior popolazione africana fuori dell’Africa e la maggior popolazione portoghese fuori della madrepatria.

È legata a questa vicenda settecentesca l’idea che la colonizzazione brasiliana differisce da quella dei territori nordamericani che avrebbero formato gli Stati Uniti d’America per il fatto che mentre gli immigrati nella colonia inglese intendevano dar vita a una società stabile la quale, escludendo negri e indiani, sarebbe stata presto segnata da forti tensioni razziali⁷, in Brasile l’assenza di risentimenti razziali dei colonizzatori portoghesi, dovuta alla storia particolare della penisola iberica⁸, e la mancanza di un progetto definitivo di vita avrebbero favorito la mescolanza tra bianchi e schiavi negri nelle piantagioni di canna da zucchero e tra *banderaintes* e indi⁹, forgiando nel tempo il carattere melanconico¹⁰ e cordiale¹¹ del brasiliano.

La distinzione di razza, assente sul piano politico, si affermò piuttosto sul terreno sociale tendendo a coincidere con una distinzione di classe. Ci sono sempre stati mulatti nelle più alte cariche dell’esercito e dello Stato, nel parlamento e nelle università, ma ancora negli anni Quaranta del secolo scorso le famiglie dei ceti superiori cercavano di conservare la loro purezza razziale per mezzo dei matrimoni tra cugini¹² e Ascarelli osservava che era «considerato di cattivo gusto ricordare a chi faccia parte di una famiglia di alto rango un ascendente di colore»¹³. In quel medesimo periodo i brasiliani di antica discendenza locale prediligevano, come segno di distinzione, il titolo di dottore in legge, la carriera accademica e gli impieghi pubblici, lasciando agli immigrati europei il più lucroso campo dell’industria e del commercio¹⁴.

Dopo la deludente esperienza delle prime colonie di popolamento formate da immigrati dal Vecchio Continente¹⁵ e sorte per iniziativa del governo agli inizi

⁷ Tucci, *Thurgood Marshall e l’“infame” ruolo della schiavitù negli Stati Uniti: un confronto con l’Italia e con l’Europa dei diritti*, in *La giustizia*, cit., 116 ss.

⁸ Ascarelli, *Sguardo sul Brasile*, Roma, 1949, 83, collega la mancanza di una linea di colore nella penisola iberica alla dominazione araba, che rendeva ‘belli’ agli occhi degli spagnoli i caratteri somatici africani.

⁹ Gilberto Freyre, *Casa-Grande e Senzala. Formação da Família Brasileira sob o Regime de Economia Patriarcal*, Rio de Janeiro, 1958, 249 ss.; trad. it. *Padroni e schiavi. La Formazione della famiglia brasiliana in regime di economia patriarcale*, Milano, 1965, 76 ss.

¹⁰ Paulo Prado, *Retrato do Brasil-Ensaio sobre a tristeza brasileira*, São Paulo, 1928, trad. it. *Ritratto del Brasile. Saggio sulla tristezza brasiliana*, Roma, 1995, 56 ss.

¹¹ L’espressione è dello scrittore Roberto Couto in una lettera indirizzata ad Alfonso Reyes. Cfr. Sérgio Buarque De Hollanda, *Raízes do Brasil*, 1936, trad. it. *Le radici del Brasile*, Firenze, 2000, 155 ss.

¹² Gilberto Freyre, *Nordeste*, Rio de Janeiro, 1960, 55, trad. it. *Nordeste. L’uomo e gli elementi*, Milano, 1970, 3 ss.

¹³ Cfr. Ascarelli, *Sguardo*, cit., 87.

¹⁴ Ascarelli, *op. ult. cit.*, 85.

¹⁵ Le prime colonie erano state fondate nel 1812 nello Stato di Espírito Santo, nel 1817 a Leopoldina, nel 1819 a Nova Friburgo nello Stato di Rio de Janeiro, e nel 1828 a S. Amaro nello Stato di São Paulo. I primi coloni erano prevalentemente svizzeri, tedeschi e olandesi. Nel primo ventennio del XIX secolo si stabilì a Rio de Janeiro un piccolo gruppo di italiani che viveva di lavori manuali, di commercio minuto

dell'Ottocento¹⁶, l'immigrazione europea si sviluppò in modo accelerato a partire dal decennio che precedette l'abolizione della schiavitù, avvenuta nel 1888¹⁷ e, nel 1889, la nascita della Repubblica federale favorita dalla classe dei latifondisti coltivatori del caffè. Non fu, però, la fine della schiavitù in se stessa a determinare le condizioni favorevoli all'immigrazione¹⁸, ma la penuria di schiavi risalente già agli anni Settanta del diciannovesimo secolo¹⁹, posto che dopo la liberazione essi rimasero quasi tutti alle dipendenze degli antichi padroni per un salario più o meno pari al valore del loro mantenimento al tempo del lavoro servile²⁰. Nel decennio 1880-1890 erano già entrati un milione e mezzo di europei²¹. A causa della richiesta di mano d'opera il movimento di immigrazione fu in gran parte sussidiato da ciascuno

o dell'esercizio di una libera professione. Nel 1820 la Corte del Regno delle Due Sicilie inviò in Brasile alcune centinaia di "facinorosi" che avrebbero dovuto essere impiegati in un progetto di colonizzazione. Una operazione simile fu attuata, nel 1837, dallo Stato Pontificio che imbarcò alcuni condannati politici alla volta del paese sudamericano. Tra il 1820 e il 1834 il Brasile accolse degli esuli politici, soprattutto mazziniani, fra i quali Livio Zambecari, Luigi Rossetti e Giuseppe Garibaldi. Molti di essi parteciparono alla *guerra dos Farappos*, (la guerra regionale di carattere repubblicano contro il governo imperiale scatenata, dal 1835 al 1845, dalla provincia di São Pedro do Rio Grande do Sul) schierandosi dalla parte degli insorti. Nel 1843 col matrimonio di Dom Pedro II con Maria Cristina di Borbone giungerà dall'Italia un modesto numero di cortigiani e artisti. Nella metà del secolo XIX gli immigrati erano solo 12.000. Nel 1870 il Brasile aveva ricevuto solo 70.000 immigrati e perciò l'immigrazione, pur aumentando, rimaneva di modesta entità. Gli italiani erano circa 6.000. Cfr. Simonsen, *A Evolução Industrial do Brasil*, São Paulo, 1939.

- ¹⁶ Visconte Di Maua, *Autobiografia*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1943, 218, per il quale le colonie «pesavano con una mano di ferro sulle finanze del Paese» senza contribuire in nulla alla soluzione del problema della scarsità della manodopera.
- ¹⁷ *Lei 13 de maio* 1888, n. 3.353.
- ¹⁸ Infatti, già nel 1865 il Governo imperiale aveva concesso una serie di facilitazioni agli immigrati (*Decisão n. 486 de 25 de abril*; *Decisão n. 487 de 25 de abril*; *Decisão n. 488 de 25 de abril*; *Lei n. 1.425 de 26 de junho*; *Decisão n. 353 de 11 de agosto*). La politica verso gli immigrati era gestita dalla *Inspectoria geral de Terras e Colonização*, prevista dal *Decreto n. 6.129 de 20 de fevereiro* 1876 alla quale veniva attribuita la competenza a dirigere tutti i servizi concernenti la colonizzazione, a promuovere l'immigrazione spontanea o per conto di privati, a curare la ricezione degli immigrati.
- ¹⁹ La riduzione del numero degli schiavi era dovuta non solo alla pressione dell'Inghilterra che ne combatteva il commercio e nel 1826 stipulò un trattato che avrebbe costretto il governo brasiliano a dichiararlo illegale dal 1829, ma anche al fatto che, nonostante questo, i padroni non si preoccupavano della riproduzione degli schiavi *in loco* mediante l'organizzazione di un sistema di vita meno duro. Sulla traiettoria della schiavitù in Brasile contrastata anche da una parte della classe dirigente, Conrad, *Os Últimos Anos da Escravidura no Brasil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1978.
- ²⁰ Furtado, *Formação Econômica do Brasil*, Rio de Janeiro, 1959, trad. it. *La formazione economica del Brasile*. Torino, 1970, 159 s.
- ²¹ Nel 1889 il governo brasiliano decise di concedere d'ufficio la cittadinanza a tutti gli stranieri residenti a meno che essi non avessero dichiarato di voler mantenere la propria nazionalità (*Decreto n. 13-A de 26 de novembro* e *Decreto n. 58-A de 14 de dezembro*). Ciò provocò le proteste di molti governi europei, compreso quello italiano, i quali sottolinearono che un gran numero di loro cittadini non era nemmeno a conoscenza dei provvedimenti che li riguardavano. Le norme furono reiterate nel 1891, ma questo fu l'ultimo tentativo di naturalizzazione forzata posta in essere dal governo brasiliano.

stato interessato²². Società autorizzate dal governo negoziavano e trasportavano gli immigrati per porli a disposizione dei proprietari terrieri, spesso esponendoli in piazza affinché essi potessero scegliere quelli più robusti e avviarli al lavoro nelle piantagioni²³. La massima parte degli immigrati giunse in Brasile tra gli anni Novanta dell'Ottocento e la prima guerra mondiale²⁴. I quasi tre milioni di nuovi arrivati, tra i quali vi era un gran numero di contadini italiani²⁵ speranzosi di sfuggire alle conseguenze della crisi dell'agricoltura e dei rapporti commerciali con la Francia²⁶, si diressero prevalentemente verso gli stati meridionali cogliendo le disponibilità capitalistiche create simultaneamente dalla cultura del caffè e dagli investimenti stranieri, massicci nello Stato di São Paulo. Moltissimi trovarono lavoro nelle coltivazioni di caffè del Centro-Sud. Qui, coloro che non erano coloni spesso vivevano in condizioni tanto misere da ricordare quelle degli schiavi e suscitare le reazioni del governo italiano, tradotte nel famoso decreto Prinetti che, nel 1902, proibì l'emigrazione sussidiata in Brasile²⁷. Altri, specialmente siriano-libanesi, presero ad esercitare un piccolo commercio e altri ancora divennero operai dell'industria nascente. Il settore industriale fu trainato dalla stessa immigrazione perché soddisfaceva i bisogni primari degli abitanti, sviluppandosi essenzialmente nei settori tessile e alimentare²⁸. Poiché la popolazione locale si dedicava soprattutto alla coltivazione della terra, mentre molti immigrati e i loro figli parteciparono maggiormente all'industrializzazione del Paese acquistando ricchezza e prestigio, col passare del tempo si annullò la distinzione sociale tra questi gruppi. In tale scenario il matrimonio costi-

²² Nel 1890 la c.d. legge Glicério assicurò il trasporto gratuito non solo a famiglie di agricoltori ma anche a contadini celibi o vedovi tra i 18 e i 50 anni e a operai e artigiani della stessa fascia di età, sia pure in misura più limitata. Dopo il 1894, con il trasferimento dei servizi di immigrazione dal governo centrale ai singoli stati, cessò in pratica la politica di colonizzazione poiché solo gli stati più ricchi, primo tra tutti lo stato di São Paulo, potevano permettersi le spese di introduzione degli immigrati.

²³ Ascarelli, *Sguardo sul Brasile*, cit., 88 s.

²⁴ Holloway, *Imigrantes para o Café*, Rio de Janeiro, 1984.

²⁵ Rouvilio Costa-Luis Alberto De Boni (a cura di), *La presenza italiana nella storia e nella cultura del Brasile*, ed. it. a cura di A. Trento, Torino, 1991.

²⁶ Cfr. De Clementi, *La "grande emigrazione" dalle origini alla chiusura degli sbocchi americani*, in Bevilacqua-De Clementi-Franzina, *Storia dell'emigrazione italiana*, Vol. I, Milano, 2009, 197, la quale sottolinea che per le cause suddette, vi fu una notevole emigrazione dalla Liguria, dal Piemonte, dalla Lombardia e dal Veneto.

²⁷ Più precisamente il decreto proibiva l'espatrio a viaggio pagato per il Brasile di gruppi se non in base a contratti approvati dalla Commissione Generale per l'Emigrazione o da istituzioni assistenziali quali la Società Umanitaria, la Bonomelli e altre. Rimase libera l'emigrazione spontanea e quella prepagata di singoli chiamati da parenti già insediati in Brasile, purché la richiesta fosse corredata dal nullaosta consolare. Le restrizioni del decreto Prinetti sarebbero passate nel testo Unico della legge sull'immigrazione del 1919. Numerosi furono gli stratagemmi escogitati dai *fazendeiros* per aggirare il decreto. I più comuni consistevano nel convincere i lavoratori a chiamare i parenti e nel rimborsare il costo del biglietto agli immigrati spontanei che andassero a lavorare nella coltura. Nonostante ciò, la misura del 1902 si rivelò di una certa efficacia e, insieme alle periodiche crisi della produzione del caffè, contribuì a ridurre il numero degli italiani emigrati in Brasile.

²⁸ Wilson Suzigan, *Indústria Brasileira. Origem e Desenvolvimento*, São Paulo, 1986.

tuì la strada maestra per la fusione²⁹. In qualche caso, tuttavia, l'integrazione sociale non si verificò spontaneamente. I tedeschi stabilitisi negli Stati di Paranà, Santa Caterina e Rio grande del Sud, benché contribuissero in misura considerevole allo sviluppo di quelle regioni e costituissero una classe media di buona cultura, rimasero gelosamente attaccati alla loro lingua e alle loro abitudini creando un problema politico che fu risolto con l'emanazione di leggi speciali che imponevano l'insegnamento del portoghese e vietavano le scuole straniere, nonché l'insegnamento delle lingue straniere nelle scuole elementari³⁰. Il ritmo dell'immigrazione si ridusse enormemente a partire dallo scoppio della prima guerra mondiale a causa del cambiamento della struttura economica, divenuta meno elastica a partire dagli anni Trenta, e dell'affievolirsi «dello spirito liberale del quale l'emigrazione costituisce a sua volta un riflesso»³¹. Riflettendo il sostegno al settore industriale, chiamato a sostituire le importazioni con prodotti nazionali e la politica di protezione della classe operaia nel quadro di una organizzazione dell'economia dai tratti corporativi mutuati dall'esperienza italiana, la Costituzione del 1937, imposta da Getúlio Vargas, disciplinava restrittivamente il fenomeno migratorio stabilendo il sistema delle quote³², senza vietare, però, l'ingresso di alcune etnie, come quella giapponese, già oggetto di antiche diffidenze³³. Tale misura discriminatoria era stata invocata da alcuni in nome del *branqueamento* della popolazione brasiliana³⁴ e sarebbe stata riproposta nell'*Assembléia Nacional Constituinte* del 1946 sfiorando il successo³⁵. Il sistema delle quote fu disciplinato dettagliatamente dal *Decreto-Lei n. 406* del marzo 1938, il quale riservò un trattamento privilegiato ai portoghesi in nome di una comune identità luso-brasiliana e, riprendendo alcune esperienze del recente passato³⁶, annunciò una politica repressiva verso gli immigrati che, avendo diffuso tra i lavoratori il sindacali-

²⁹ Ascarelli, *Sguardo sul Brasile*, cit., 91, il quale sottolinea che il rampollo della nobile famiglia impoverita, sposando la ricca ereditiera dell'emigrante, apriva a tutta la famiglia di questi porte prima chiuse e che i rapporti di parentela tra vecchie famiglie creavano nuovi legami e nuove solidarietà.

³⁰ Ascarelli, *op. ult. cit.*, 93.

³¹ Ascarelli, *op. ult. cit.*, 97.

³² Art. 151: *A entrada, distribuição e fixação de emigrantes no território nacional estará sujeita às exigências e condições que a lei determinar, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.*

³³ Il decreto n. 528 del 28 de Julho 1890, firmato dal Presidente della Repubblica Deodoro da Fonseca e dal ministro per l'Agricoltura Francisco Glicério stabiliva che l'entrata in Brasile di emigranti dell'Asia e dell'Africa sarebbe dipesa dall'autorizzazione del *Congresso Nacional*. Questo provvedimento fu revocato nel 1907 per permettere l'immigrazione giapponese.

³⁴ Durante l'*Assembléia Nacional Constituinte* del 1933 i deputati Miguel Coito, Artur Nevia e Antonio Xavier de Oliveira chiesero il blocco dei «degenerati giapponesi».

³⁵ Solo per un voto fu, respinta l'*emenda n. 3165* proposta dal deputato carioca Miguel Couto Filho, che stabiliva: «É proibida a entrada no país de imigrantes japoneses de qualquer idade e de qualquer procedência».

³⁶ Il riferimento è alla *lei n. 1641 de 7 de janeiro 1907*, la c.d. *lei Adolfo Gordo*, che prevedeva l'espulsione dello straniero «che, per qualunque motivo, compromette la sicurezza nazionale o la tranquillità pubblica» (art. 1), una

simo e le idee socialiste, potevano essere considerati pericolosi per il nuovo ordine³⁷. La normativa si collegava, da un lato, alla tradizionale tendenza brasiliana di pianificare e controllare l'economia, derivante dal mercantilismo dell'epoca coloniale, dall'altro, all'impostazione che considerava l'immigrazione un sostituto della mano d'opera servile piuttosto che, come negli Stati Uniti, un fattore dello sviluppo e della stessa costituzione del Paese³⁸. Destinato a rimanere in vigore fino agli anni Ottanta, sia pure con significative variazioni, il meccanismo delle quote ha contribuito a ridurre l'immigrazione, scoraggiata anche dal cattivo andamento dell'economia, flagellata da vistosi processi inflattivi iniziati nel periodo della democrazia populista, esplosi al tempo della dittatura militare e protrattisi anche nei primi anni della restaurazione della democrazia fino cioè alla metà degli anni Novanta. Tutto ciò spiega perché, a partire dagli anni Cinquanta del Novecento, il flusso migratorio verso il Brasile sia stato notevolmente più ridotto di quello diretto verso gli Stati Uniti e verso altri Paesi dell'America Latina, come l'Argentina, e non conosca neanche oggi l'ampiezza del passato nonostante l'entrata in vigore della più liberale legge n. 6.185/80, l'*Estatuto do Estrangeiro*, e dei suoi frequenti aggiornamenti³⁹. Di questa normativa si vuole sottolineare l'ispirazione aperta, rivelata dall'*art. 1*, stando al quale «in tempo di pace qualsiasi straniero potrà, soddisfatte le condizioni di questa legge, entrare e rimanere in Brasile e uscirne, avuto riguardo agli interessi nazionali».

Un capitolo particolare è quello della immigrazione degli intellettuali, una vicenda iniziata negli anni Ottanta dell'Ottocento quando giunse in Brasile, per ragioni rimaste in gran parte oscure, il figlio del grande giurista tedesco Rudolf von Jhering, Hermann von Jhering, naturalista famoso che si dedicò allo studio della fauna e della flora tropicali e che, sul piano politico, s'impegnò per la naturalizzazione dei suoi ostinati connazionali⁴⁰.

Al tempo dei fascismi europei si diresse verso il Brasile anche una emigrazione borghese in cerca di salvezza dalle persecuzioni politiche e razziali, per quanto paradossale fosse approdare nel Paese governato da Getúlio Vargas. Questa contraddizione fu rinfac-

normativa approntata, in realtà, per reprimere gli scioperi che si erano manifestati essenzialmente tra gli operai di São Paulo. In argomento, Batalha, *O Movimento Operário na Primeira República*, Rio de Janeiro, 2000, 87.

³⁷ Il decreto in parola restrinse la presenza di stranieri considerati contrari alla "*composição étnica e social*" del Brasile e di coloro che dimostravano difficoltà di "*assimilação*", espressioni volutamente vaghe e quindi disponibili ai più diversi usi politici. In questa prospettiva si specificava che in ciascuna colonia di popolamento era obbligatorio "*fixar um mínimo de 30% de brasileiros e o máximo de 25% de cada nacionalidade estrangeira*". In mancanza del 30% di brasiliani, quel minimo poteva "*ser suprido por estrangeiros de preferência portugueses*".

³⁸ Marca queste caratteristiche Ascarelli, *Sguardo sul Brasile*, cit., 99.

³⁹ Il bilancio del fenomeno delle migrazioni europee in Brasile e negli altri Paesi dell'America Latina e delle sue complesse implicazioni è tracciato da Mattiazi, *Migrazioni, influenze politiche e ibridazione culturale fra Europa e America Latina (XVII-XIX Sec.)*, Torino, 2009.

⁴⁰ Losano, *Un giurista tropicale. Tobias Barreto tra Brasile reale e Germania ideale*, Bari, 2000, 135 ss.

ciata duramente a Stefan Zweig nel 1941, quando, da poco giunto a Rio de Janeiro, pubblicò un libro entusiasta, *Brasil, país do futuro*⁴¹, dallo stile un po' saccente di chi la sapeva già lunga sulla realtà brasiliana. Non molto tempo dopo lo scrittore austriaco si sarebbe suicidato nella città di Petropolis, la residenza estiva dell'Imperatore, appresa la notizia che le truppe naziste, sfilando a Parigi, avevano definitivamente distrutto 'il mondo di ieri'. Dall'Italia ripararono in Brasile anche i professori Alessandro Seppilli, Giulio Usiglio, Tullio Liebman e Tullio Ascarelli, costretti a lasciare l'università dalle vergognose leggi razziali del 1938⁴². Tullio Ascarelli trovò ospitalità presso l'*Universidade de São Paulo* dove avrebbe lasciato una traccia indelebile, ancor oggi visibile sia nella biblioteca a lui dedicata, sia nel ricordo devoto dei suoi ultimi allievi⁴³. Furono protagonisti di questa vicenda non più di trentamila persone che comunque contribuirono in misura considerevole alla formazione di una classe media colta, in quell'epoca più debole di quanto non sia adesso, e alla modernizzazione di importanti settori dell'economia.

In anni meno lontani, in seguito alla 'rivoluzione dei garofani' del 1974 in Portogallo, che segnò la fine della dittatura salazarista⁴⁴, fuggirono in Brasile molti esponenti del regime abbattuto, tra i quali diversi docenti universitari che trovarono ospitalità negli atenei brasiliani. Tra loro, l'ultimo presidente del Consiglio salazarista Marcello Caetano, insigne storico del diritto dell'Università di Lisbona.

3. Nella storia del diritto privato brasiliano⁴⁵ l'immigrazione ha fornito spunti importanti di riflessione ai giuristi e ha influenzato la pratica degli affari e l'attività del legislatore.

Nella *Consolidação das leis Civis* del 1857, opera nella quale tutta la legislazione civile dell'epoca, escluse le leggi sulla schiavitù, deliberatamente omesse, veniva consolidata in 1333 articoli, arricchiti di note dettagliate e preceduti da una monumentale introduzione, Augusto Teixeira de Freitas tenne conto della realtà del Brasile come terra giovane e d'immigrazione. Egli assicurò agli stranieri i 'diritti civili', ossia la capacità di essere soggetti di rapporti di diritto privato, sottolineando che la tesi contraria, pure sostenibile secondo la tradizione del diritto romano, avrebbe avuto conseguenze aberranti⁴⁶. Questo

⁴¹ Zweig, *Brasilien (Ein Land der Zukunft)* Stockholm, 1941, trad. it *Brasile (terra dell'avvenire)*, Milano, 1949.

⁴² V. Galimi-G. Procacci, *Per la difesa della razza. L'applicazione delle leggi antiebraiche nelle università italiane*, Milano, 2009, 37 e 96.

⁴³ Bobbio, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in onore di Tullio Ascarelli*, Vol. I, Milano, 1969, 89 ss.

⁴⁴ Saraiva, *História concisa de Portugal*, Lisboa, 2004, 302, trad. it. *Storia del Portogallo*, Milano, 2004, 325.

⁴⁵ Per una ricostruzione storica del diritto privato brasiliano, Calderale, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Milano, 2005.

⁴⁶ *Consolidação das Leis Civis*, nell'edizione del 1915, pubblicata a Rio de Janeiro e *autorizada pelo governo*, *Introdução*, XCIII, pagine in cui ritorna la consapevolezza dei limiti del diritto romano: «Immaginare attualmente un diritto civile basato sulla pura nazionalità, negare i diritti civili agli stranieri è concepire uno stato di cose chimerico, che evoca le tradizioni del diritto romano».

punto di vista sarebbe stato accolto dal codice civile del 1916⁴⁷, con un esplicito riferimento di Clovis Beviláqua all'art.3 del codice civile italiano del 1865⁴⁸, da quello del 2002⁴⁹ e dalla Convenzione Americana sui diritti umani *Pacto de São José da Costa Rica* del 22 novembre 1969⁵⁰. Il giurista bahiano, inoltre, disciplinò lo *estatudo personal* secondo la legge del *domicilio* e non secondo la *nacionalidade* delle persone, un'idea che, invece, fino all'*Estado Novo*, stenterà ad affermarsi⁵¹.

Influenzata dalla questione dell'immigrazione fu anche da *lei de Terras* del 1850 voluta dal primo ministro José Bonifacio per introdurre un regime ordinato ed efficiente della proprietà agraria anche in vista dell'abolizione della schiavitù e dei conseguenti incentivi all'immigrazione⁵². In questa prospettiva, la legge offriva ai nuovi venuti una *chance*, sia pure remota, di diventare proprietari di terre allo scopo di tenerli legati al lavoro salariato nelle piantagioni. Era stabilito, infatti, che le terre pubbliche dovevano essere vendute a un prezzo sufficientemente alto da impedirne l'acquisto da parte di occupanti o immigrati poveri e che era vietato acquistarle a coloro che fossero giunti in Brasile con un viaggio finanziato prima che fossero trascorsi tre anni di permanenza nel Paese.

Verso la fine della *República Velha*, segnata da un clima liberale che, incarnato nella figura del venerando senatore Rui Barbosa, non coglieva le nuove tensioni della società, si manifestò solo una timida apertura verso i diritti sociali. Nello Stato di São Paulo, dove nel 1911 il *Dipartimento Estatual do Trabalho* aveva creato o *Patronato Agrícola* per arbitrare le controversie tra *fazendeiros* e immigranti, nel 1922 furono istituiti i *Tribunais Rurais do Estado*, presto alle prese con nuovi tipi contrattuali. Sfruttando la libertà di contrarre consacrata dal *código civil* del 1916, i proprietari avevano coniato alcune figure per regolare i rapporti con gli immigrati che si offrivano di lavorare la terra. Tralasciando la *parceria*⁵³ prevista dal codice civile, essi ricorsero al c.d. *colonato*. Ai coloni, ossia alla famiglia di lavoratori, veniva affidato un appezzamento da coltivare a caffè. I lavoratori ricevevano due pagamenti: uno, annuale,

⁴⁷ Art. 2. In argomento, Caio Mário Da Silva Pereira, *Direito Civil*, Vol. I, 19ª edição, Rio de Janeiro, 2001, 142.

⁴⁸ L'art.3 del codice civile italiano del 1865 era stato citato espressamente da Beviláqua come «la prima regola che in Europa osò affermare questo principio che costituiva l'aspirazione di tutti gli uomini liberi» Sul punto Calderale, *La circolazione del modello italiano nelle codificazioni brasiliane di diritto privato*, in Lanni e Sirena (a cura di), *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell'Europa*, Atti del II Congresso Nazionale della SIRD, Napoli, 2013, 206 ss.

⁴⁹ Art. 1.

⁵⁰ Art. 4, I. Cfr. Amaral, *Direito Civil. Introdução*, 7ª edição, Rio de Janeiro, 255.

⁵¹ Anna Maria Villela, *O Direito Internacional Privado no Esboço de Teixeira de Freitas*, in Schipani (a cura di) *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, 1998, 179 ss.

⁵² Cirme Lima, *Terras Devolutas*, Porto Alegre, 1935.

⁵³ *Arts. 1.410-1.415 del código civil* del 1916. La *parceria* è assimilabile alla colonia del codice civile italiano del 1942 e, nell'ordinamento brasiliano, subì notevoli modifiche in forza dello *Estatuto da terra* del 1964. Cfr. Caio Mário Da Silva Pereira, *Direito Civil*, Vol. III, 10ª edição, Rio de Janeiro, 1999, 292.

correlato all'estensione del terreno, e l'altro in occasione della raccolta, di ammontare variabile in relazione alla quantità del prodotto. Inoltre, il *fazendeiro* forniva l'alloggio e cedeva piccole estensioni di terra affinché il colono fosse in grado di produrre gli alimenti necessari alla sua vita. Il *colonato* si distingueva dalla *parceria* perché, tra l'altro, non esisteva la divisione del profitto ricavato dalla vendita del raccolto e non costituiva neanche una forma pura di lavoro salariato in quanto prevedeva altri tipi di retribuzione e in una certa misura concentrava anche sul colono il rischio dell'attività. Nell'ambito di questo sistema le piantagioni nuove erano oggetto di accordi chiamati *contratos de formação*. I coloni piantavano il caffè e curavano le piante per un periodo variabile tra i quattro e i sei anni, ossia per il tempo necessario alla prima raccolta. I *formadores* non ricevevano praticamente salario, ma potevano dedicarsi alla produzione di generi alimentari tra le fila delle nuove piante. Poiché questo contratto incontrava il favore dei coloni, si può ragionevolmente dedurre che essi riuscivano a collocare una parte dei loro prodotti sul mercato. Grazie alle possibilità di guadagno che era in grado di offrire, il *colonato* stabilizzò i rapporti di lavoro in agricoltura e le condizioni dei *colonos*, nel complesso, non furono drammatiche.

In quegli stessi anni la rilevanza dell'immigrazione contribuì ad animare il dibattito circa gli effetti del matrimonio con uno straniero sulla nazionalità della donna brasiliana. Benché né la Costituzione del 1891⁵⁴, né la legislazione speciale prevedessero espressamente che la donna perdesse la nazionalità, come avveniva in molti altri ordinamenti giuridici, non mancavano interpretazioni in questo senso, basate, dopo l'emanazione del codice civile del 1916, sulle disposizioni che limitavano la capacità della *mulher casada*. Nella difesa dei diritti delle donne e specificatamente a favore della tesi che esse conservano la loro nazionalità e anzi favorivano l'acquisto della nazionalità brasiliana da parte del coniuge straniero⁵⁵ si distinse in particolare Berta Lutz, una delle esponenti più autorevoli del movimento femminista sudamericano.

Appartiene invece agli effetti che, fino agli Anni Cinquanta, l'immigrazione ha avuto sull'andamento del valore degli immobili urbani l'indifferenza verso l'istituto della lesione enorme, nella tradizione europea destinato a proteggere il venditore perché, data la tendenza al rialzo dei prezzi dovuta alla crescente domanda provocata dagli immigrati, l'ipotesi normale era quella della vendita con profitto, che rendeva più rara e meno meritevole di tutela la vendita a prezzo inferiore a quello di mercato. Salutato come segno di "eticità" del nuovo diritto privato⁵⁶, la disciplina della *lesão*, dopo una storia tormentata, ha fatto il suo trionfale ingresso nel codice civile del 2002⁵⁷.

⁵⁴ Art. 69.

⁵⁵ Cfr. l'art. 69, 5 della Costituzione del 1891.

⁵⁶ Judith Martins Costa, *O Novo Código Civil Brasileiro: em Busca da "Ética da Situação"*, in Judith Martins Costa-Gerson Luiz-Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, 2002, 92 ss.

⁵⁷ Art. 175.

Il “debito” di solidarietà: per una «tutela civile dei diritti» umani (a margine di un recente libro)

di Mariano Robles

Those who would give up essential liberty to purchase a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety.

(B. FRANKLIN, *Risposta al Governatore della Pennsylvania* [1755], in *PA Hist. Rev.*, 1812, p. 289)

SOMMARIO: 1. Etica del diritto privato e divieto antidiscriminatorio. – 2. Oltre la “società” degli “individui”. – 3. Segue: Stato-comunità e cittadinanza “sociale”. – 4. Una nuova (di)visione dei poteri: dalle Carte dei diritti alle Corti “dialoganti”. – 5. Stranieri irregolari e matrimonio: una fattispecie anomala di “ordine pubblico”. – 6. Segue: tutela della dignità per discriminazione “a rovescio”? – 7. Segue: le residue incertezze disciplinari.

1. Il seminario foggiano di presentazione del volume¹, sulle cui tematiche sono state invitate a confrontarsi illustri personalità non soltanto accademiche, ha posto in risalto la drammatica urgenza di una riflessione corale, attenta ad argomenti di incalzante attualità che non sempre, tuttavia, hanno trovato sul terreno propriamente civilistico fertili solchi di approfondimento. Per cui, l'imperitura gratitudine che lega chi scrive queste brevi annotazioni all'insigne (mio) Maestro autore del volume va ben al di là dell'occasione di circostanza, per aver ritenuto di riprendere uno di quegli argomenti – già condivisi dietro Suo (come sempre) generoso suggerimento – dedicandovi un intero capitolo²; ma, prim'ancora, per aver efficacemente contribuito a dissodare quei solchi, avanzando proposte giuridiche tanto più apprezzabili, in quanto saldamente radicate in una lucida interpretazione “culturale” (*rectius*, “paideutica”) dei fenomeni indagati.

¹ G. Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, pref. di P. Rescigno, Napoli, 2013, presentato presso il Dipartimento giuridico nell'ambito del Dottorato in *Dottrine generali del diritto* (Foggia, 19 marzo 2014).

² Id., *op. ult. cit.*, Cap. III, *Il matrimonio dello straniero in Italia nella tradizione della nostra codificazione civile. Da Pasquale Stanislao Mancini al “Pacchetto Sicurezza”*, p. 91 ss.

Soltanto attraverso una preventiva opera di “disboscamento” concettuale, in grado di guardare in profondità alle radici dell’attuale complessità sociale è possibile, infatti, individuarne i principi orientativi (in termini costituzionali, si direbbe “regolatori”)³ con cui interrogare il dato normativo altrimenti, per sua natura, “neutro”⁴. Ciò accade, in particolare, osservando la travagliata vicenda dei diritti umani⁵ e del loro incessante evolversi quale presidio intangibile della “persona” nel suo processo di “valorizzazione”⁶, entro cui inquadrare il diritto a costituire una famiglia con *chiunque* ne sia *insindacabilmente* reputato “degn” (ove l’aggettivo non è casuale, derivando dall’universale “dignità” fondante – come meglio si dirà – quei diritti), argomento del capitolo poc’anzi evocato.

Peraltro, proprio prendendo spunto dalla segnalata tematica, si coglie la giusta prospettiva onde far emergere le sottolineate inadeguatezze concettuali, solo di recente venute alla ribalta della civilistica più sensibile a riflessioni dalla portata necessariamente interdisciplinare, in cui le categorie tradizionali cedono il passo a parametri ermeneutici spesso elaborati in ambiti collaterali. Si allude non soltanto all’ampia rivisitazione italo-comunitaria, nell’ottica “proporzionale” di originaria matrice penalistica⁷, dell’equità inserita nel vigente codice civile tra le fonti di c.d. “etero-integrazione” contrattuale⁸; quanto soprattutto al *divieto di discriminazione*, noto da tempo al giuslavorista⁹, ma del tutto assente tra i principi codificati e, per

³ Nell’accezione esplicitata da Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, per un cui ampio commento cfr. R. Sabato, *Il “nuovo” giudizio di equità del giudice di pace*, in C. Riviezzo (cur.), *La giurisprudenza del giudice di pace*, 2^a ed., Milano, 2008, p. 119 ss., testo e note.

⁴ Infatti, come acutamente rileva l’A. qui omaggiato, rievocando l’opera di Ignazio Silone: «esiste una storicità del diritto, nel senso che, allo stesso modo di quello letterario, anche il testo giuridico fornisce risposte diverse a seconda dei fatti che lo interrogano in determinate circostanze storiche» (*ivi*, p. 159, con riferimenti bibliografici). La rievocazione risulta oltremodo appropriata, se solo si pensa alla riflessione esistenziale dello stesso I. Silone, *La lezione di Budapest* [in *Express*, Parigi, dicembre 1956], ora in Id., *Uscita di sicurezza*, Milano, 2001, p. 165, per cui: «Non ci sono più frontiere geografiche della pace, della libertà e della verità. Queste frontiere passano all’interno di ogni Paese e nell’interno di ciascuno di noi».

⁵ Per un generale inquadramento, v. l’ampia trattazione interdisciplinare a cura di M. Flores, *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell’epoca della globalizzazione*, 6 voll., Torino, 2007, *passim*.

⁶ Poiché «i diritti non sono mai acquisiti una volta per tutte. Sono sempre insidiati, a rischio. Il loro riconoscimento ci parla sempre di una battaglia vinta, ma immediatamente apre la questione del loro rispetto, della loro efficacia, del loro radicamento. I diritti diventano così, essi stessi, strumenti della lotta per i diritti» (S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, pp. 31-32).

⁷ Da ultimo, cfr. V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell’anno del Diritto – @Trecani*, Roma, 2013, pp. 104-109.

⁸ Su cui, v. ora R. Calvo, *L’autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, Milano, 2013, p. 63 ss.

⁹ Lo sottolinea D. Maffei, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 401; nonché B. Checchini, *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, in C. Salvi (cur.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani* (Atti del Convegno di Perugia, 25-26 marzo 2011) Torino, 2012, p. 259 ss.

ciò stesso, di scarsa risonanza nell'apporto della giurisprudenza (teorica e pratica)¹⁰, almeno sino all'avvento della Carta di Nizza¹¹.

La questione antidiscriminatoria è densa di significato, poiché rappresenta l'autentico fulcro su cui fa leva il tentativo di concepire un dispositivo di tutele giuridiche disancorato da criteri di appartenenza rigidamente "etnica" a favore di una dimensione solidalmente "etica" del consorzio umano¹². Nel vivace dibattito sui diritti umani, il problema di circoscriverne il raggio d'azione occupa, infatti, un posto di primo piano. Sotto il profilo giuridico, qui considerato, la definizione del *soggetto di diritto* è inscindibilmente connessa alle procedure per la legittimazione del diritto stesso, ossia della sua *effettività*, sia entro una dimensione individuale (rispondendo alla domanda: "chi sono i *titolari* dei diritti?"), sia collettiva (in questo caso la questione essendo: "*chi* ha l'obbligo di perseguire eventuali violazioni?")¹³.

Una sia pur sintetica retrospettiva si rende allora opportuna, per poter evidenziare la sussistenza di un netto distinguo tra diritti qualificabili *fondamentali* e diritti *umani*. Trattasi di una differenza non puramente terminologica, che incide in modo pregnante sulla (dimensione stessa della) sfera giuridica di estensione, soprattutto nel peculiare contesto dei rapporti familiari.

2. Agli albori della modernità, il paradigma epistemologico¹⁴, cui si sarebbe ispirata la successiva concezione evolutiva degli assetti socio-politici, ben oltre la fine dell'*Ancien Régime*, è stato notoriamente offerto dal "contrattualismo" di ascendenza

¹⁰ Ferma, persino nella materia del lavoro subordinato, ove si è appunto prodotto il maggiore sforzo a favore dell'accoglimento di una regola di parità, alla statuizione di Cass., sez. un., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1794, con nota di O. Mazzotta, secondo cui: «non esiste un principio di parità di trattamento in diritto privato» (lo evidenzia G. De Nova, *Contratto: per una voce*, in questa *Rivista*, 2000, p. 655). V. anche D. Carusi, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998, p. 31 ss.

¹¹ Osserva giustamente B. Troisi, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in Aa.Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista* (Atti del I Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.), Napoli, 2006, p. 296, che: «grande importanza (...) viene oggi attribuita al divieto di discriminazione [come] conferma l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali». Quanto alla giurisprudenza, tutta successiva al suo recepimento, il *leading case* è dato da Trib. Milano, ord. 30 marzo 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2040; seguito da Trib. Bologna, decr. 22 febbraio 2001, in *Dir. imm. cittad.*, 2001, p. 101 ss.; Trib. Monza, ord. 27 marzo 2003, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3177, sull'accertato carattere discriminatorio di clausola di società cooperativa escludente dalla qualità di socio i non cittadini; Cass. pen., 5 dicembre 2005, n. 46783, in *Cass. pen.*, 2006, p. 873 (confermativa della "doppia conforme" nei due gradi di merito), intorno al rifiuto di fornire consumazioni al bar ad extracomunitari. Per un repertorio aggiornato, cfr. @U(fficio) N(azionale) A(ntidiscriminazioni) R(azziali), insediato presso il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

¹² Illuminanti, come sempre, le considerazioni sistematiche di S. Rodotà, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, in A. Galasso, S. Mazzaresse (cur.), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 97 ss., spec. p. 103.

¹³ Cfr. J. Habermas, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, a cura di L. Ceppa, Milano, 1998, p. 221.

¹⁴ Nell'accezione invalsa a partire da T. S. Khun, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], Torino, 2009, spec. p. 150.

hobbesiana. Dismesse le vesti del medievale *homo viator*, il cui centro vitale restava estraneo alla dimensione mondana solo transeunte, il “soggetto” ripudia, in quanto tale, la sua stretta “soggezione” ai ranghi (*rectius*, “status”) di quella comunità “sacrale” gerarchicamente edificata ad immagine di quella ultraterrena, ove la dialettica “servo/padrone” – secondo il più recente linguaggio hegeliano¹⁵ – rispecchiava i rapporti “piramidali” di potere, tipici della società feudale¹⁶.

Con il passaggio dal primato categoriale della “teologia” all’irrompere della “politica”, a seguito della crisi epocale determinata dalla frattura dell’unità religiosa e dalle lotte intestine che insanguinarono il continente europeo proprio negli anni di Hobbes, il baricentro si spostava dalla Cristianità ai nascenti Stati nazionali, la cui legittimazione in contrapposizione alla prima viene a fondarsi su un’acuta, ma per certi versi riduttiva (se non proprio storicamente pernicioso) interpretazione degli assetti sociali esistenti¹⁷. Infatti, unico rimedio possibile al primordiale “stato di natura” popolato da feroci antagonismi (*homo homini lupus*), che la comune fede cristiana sembrava piuttosto aver fomentato, è una rinnovata “società civile” laicamente regolata in forza di un patto federativo, in base al quale ciascuno rinuncia spontaneamente (ma per convenienza) all’innata propensione distruttiva alla prevaricazione sull’altro, attribuendo il “monopolio della violenza” ad un ente artificiale superiore (il celebre “Leviatano”), nel cui ambito di influenza poter esercitare in forma “impersonale” (ossia, libera da vincoli di *status*, icone della “sottomissione”) quelle prerogative individuali altrimenti costantemente minacciate dal proprio competitore¹⁸.

Questa nuova rilettura dei rapporti sociali, nella misura in cui mirava all’intuibile (ma, nel lungo periodo, controproducente) *immunità* dai conflitti interpersonali mediante l’esaltazione “etnica” (ossia, di “contraente sociale”) dell’individuo, disgregava tuttavia, nel contempo, il senso di *comunità*, espressione del legame sociale tra soggetti portatori di universali istanze “etiche”, la cui origine (anche lessicale) è significativamente ambivalente, derivando da *munus* inteso quale “ufficio” (i.e., “dovere”), ma altresì quale “beneficio” (i.e., “dono”) ¹⁹. In breve, la società europea si è ritrovata *dalla comunità* (medievale) “*senza individui, all’individuo* (moderno) “*senza comunità*”.

Il (prezzo rivelatosi doloroso del) superamento della comunità “sacrale” basata sullo *status* per “beneficio” (in senso feudale) verso relazioni impersonali fondate sul-

¹⁵ G.W.F. Hegel, *Fenomenologia dello spirito* [1807], a cura di E. Arrigoni, Roma, 2000, p. 55.

¹⁶ Cfr. A. Ja. Gurevič, *Le categorie della cultura medievale*, Torino, 2007, spec. pp. 5-6.

¹⁷ A. Andreatta, A. E. Baldini (cur.), *Il pensiero politico. Idee, teorie, dottrine*, II, *Età moderna*, Torino, 1999, spec. pp. x-xi.

¹⁸ T. Hobbes, *De cive* [1642], a cura di T. Magri, Roma, 2005, p. 20; poi ripreso nel più noto Id., *Leviatano* [1651], a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, 2008, spec. cap. 13, § 9.

¹⁹ «Se l’unica comunità umanamente sperimentabile è quella del delitto, non resta[va] che il delitto della comunità» (R. Esposito, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, 1998, p. 12).

lo “scambio volontario” per “contratto” – all’origine anche del parallelo e capillare sopravvento dell’attuale economia di mercato nella sua degenerativa “mercificazione”²⁰ – porta con sé l’evidente *effettività* soltanto di due dei (tre) principi illuministici con cui la modernità giunge al suo apogeo: ossia, la *libertà* (sia pure in accezione negativa, “dallo” Stato) e l’*uguaglianza* (sia pure di tipo “formale”, davanti alla “legge dello” Stato); ma all’accantonamento nella sfera morale del terzo principio proclamato, ossia la *fratellanza* (i.e., solidarietà), implicante anche in termini laici il riconoscimento universale dell’altro da sé come “soggetto” (non più in quanto “subalterno”, ma) “egualmente libero”²¹ di autodeterminarsi, senza clausole “contrattuali” di legittimazione (politica e/o economica).

In ultima analisi, è la stessa impostazione “contrattualista” ad aver originato, in una sorta di eterogenesi dei fini, il “discrimine” tra “inclusi” ed “esclusi”, proprio nella misura in cui il “contratto”, quale emblema del libero (incontro del) volere paritetico, contiene in sé la scelta in ordine a chi coinvolgere nel rapporto tenendo “al di fuori” tutti gli altri: con un’eloquente espressione gius-filosofica, potrebbe dirsi che il “contratto” identifica una *forma relazionale “integrativo-escludente”*²², per ciò stesso, “discriminatoria”.

Di fronte all’inevitabile “letto di Procuste”, cui il descritto paradigma costringeva la riflessione intorno all’alternativa di un (kantiano) *diritto cosmopolitico*²³, ne è seguito, nell’elaborazione inizialmente rivolta alla tutela sociale del “capitale-lavoro” (dove – come visto – la genesi della questione antidiscriminatoria)²⁴, per essere ereditata dalla post-modernità multiculturale, lo sforzo di (rin)tracciare un comune orizzonte di significato su cui ritagliare lo spazio logico per la protezione di diritti connaturati all’uomo in quanto *giuridicamente* rivestito della *qualità* di “persona”, prim’ancora dello *status* di “cittadino” (i.e., “contraente sociale”).

²⁰ Ben ripercorsa da L. Bruni, *Gratuità e relazioni umane nella tradizione della scienza economica*, in F. Brezzi, M.T. Russo, *Oltre la società degli individui. Teoria ed etica del dono*, Torino, 2011, spec. 158 ss.

²¹ Da cui il neologismo francese “*égaliberté*”, di recente conio per identificarne l’inestricabile sintesi (su cui, E. Balibar, *La proposition de l'égaliberté*, Paris, 2010, *passim*).

²² S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, 2^a ed., Milano, 1991, p. 101 ss.

²³ Cfr. I. Kant, *Per la pace perpetua* [1795], pref. di S. Veca, Milano, 2013, *passim*.

²⁴ Puntualmente richiamato dall’A. qui omaggiato nel delineare il retroterra culturale del pugliese Giuseppe Di Vagno, prima vittima politica del dilagante squadrismo fascista ed allievo di Cesare Vivante, autore delle lungimiranti pagine sui difetti “sociali” del codice di commercio (*op. cit.*, p. 188, ed *ivi* nt. 5); a cui, sul versante civilistico, non sembra inopportuno accostare l’affine linea di pensiero perseguita, all’unisono con Emanuele Gianturco (*ibid.*, p. 205, testo e note), da Vittorio Polacco – accomunato a Vivante dall’origine ebraica resa evidente dal suo nome completo “Moisè Raffael Vittorio” (Senatore del Regno e tra i più autorevoli Maestri della Sapienza di Roma) – nella sua significativa critica, ad es., al tralucio inquadramento unitario della *locatio rei/operarum*: «non è chi non vegga quanto sia repugnante all’umana dignità il pareggiare il profitto che si ritrae dall’attività di un uomo al godimento che possiamo fare di un oggetto» (Id., *Appunti sulle locazioni*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1887, IV, p. 409).

3. Riprendendo, dunque, l'iniziale distinzione accennata e seguendo un indirizzo oramai recepito anche dalla nostra giurisprudenza costituzionale²⁵, si allude ai diritti *fondamentali* intendendo l'insieme di norme e di principi inseriti all'interno di un contesto giuridico specifico, imperniato sul modello dello Stato-nazione, quale riflesso di una determinata concezione politica e morale. In questa prospettiva, essi si inscrivono in un orizzonte "locale", poiché rappresentano l'espressione di un particolare ordinamento giuridico e dei valori ad esso sottesi, ove legittimo ne risulta un equo bilanciamento in caso di vicendevole conflitto²⁶. Per converso, i diritti *umani* gravitano in una dimensione universale (i.e., globale) «che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»²⁷.

E tuttavia, l'apparente semplicità di quest'ultima enunciazione cela il problema di fondo, dianzi evocato, della *effettività* del diritto. Se, infatti, nel primo caso il corredo (più o meno ampio) di previsioni normative rivolte al "cittadino" è presidiato da un apparato di tutela garantito dalle stesse istituzioni statali, nel secondo caso lo sfondo appare meno chiaro e le garanzie molto più labili e sfumate: il "contratto" implica reciprocità di impegni (traducibile nell'ancora kantiano *imperativo ipotetico*: "in tanto devo, se ne ricevo"); il "valore-persona" implica universale (ma unilaterale) riconoscimento (traducibile nel sempre kantiano *imperativo categorico*: "devo, in quanto sono tenuto")²⁸.

Senza pretese di esaustività, è proprio qui forse ad annidarsi il preconcetto che inficia gli esiti giuridici dell'hobbesiano paradigma in discussione: ossia, l'impropria equiparazione delle due forme di "imperativi", considerandone interscambiabili i termini di riferimento, ossia "individuo" e "società civile". In altre parole, un conto è affermare la valenza cogente dell'impegno "reciproco" tra componenti della "società civile"; altro è affermare che la natura (quali-quantitativa) degli impegni gravanti su quest'ultima è declinabile *soltanto* negli stessi termini di "reciprocità" vevoli nella prima ipotesi.

La società non può, infatti, essere ri(con)dotta alla mera "sommatoria" degli individui che la compongono, così come le prerogative della società non possono essere ricalcate sul modello dei rapporti individuali: il bene di cui un ente collettivo ha la titolarità non "appartiene" negli stessi termini "quali-quantitativi" ai singoli partecipanti, che non possono esercitarvi le *medesime* facoltà spettanti al primo²⁹. Se

²⁵ Cfr. Corte cost., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (Relazione predisposta in occasione dell'incontro con la delegazione del Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia, Varsavia, 30-31 marzo 2006), reperibile al @sito istituzionale, spec. § 2. *Diritti inviolabili*.

²⁶ In argomento, v. l'interessante trattazione di F. Sciaccia, *Ingiustizia politica*, Milano 2003, spec. p. 121 ss.

²⁷ Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2701, con note di P. La Spina e R. Romboli; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1019, con nota di M. Marinelli; in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1117, con nota di R. Finocchi.

²⁸ È la nota distinzione elaborata da I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi* [1785], a cura di F. Gonnelli, 8^a ed., Roma-Bari, 2013, p. 41.

²⁹ Il ripudio per qualsivoglia simulacro feudale di "intermediazione" tra libero agire individuale e realtà materiale

diversa è la natura dei diritti, parimenti diversi saranno gli obblighi cui la società è tenuta ad assolvere, sia in termini qualitativi, sia (anche) di estensione soggettiva: il principio di reciprocità (i.e., relatività) del “contratto” non sarà, dunque, riferibile alla “società civile” negli *stessi* termini valevoli per gli “individui”.

È questa la vera sfida che la post-modernità è chiamata ad affrontare: finora, come visto, l'accento è stato posto sullo *Stato-nazione* “eticamente” omogeneo³⁰, trascurando il parallelo sviluppo dell'idea di *Stato-comunità*, “eticamente” esposto al sano “contagio della relazione”³¹, sorta pressoché in contemporanea al contrattualismo hobbesiano a seguito della “scoperta” del Nuovo Mondo e dei suoi (“non civilizzati”) abitanti, ma affermatasi solo in epoca più tarda; frutto di una riflessione lungo una direttrice di pensiero che, dalla concezione libertaria della Neo-Scolastica di Las Casas³² al Modernismo spirituale di Teilhard de Chardin³³, attraverso il Personalismo di Maritain³⁴, giunge alla rinnovata visione dello Stato (erogatore di utilità) “sociale”, in quanto garante del bene “comune”, di Mounier³⁵, per essere recepita dai nostri Padri costituenti.

Focalizzando l'attenzione sullo Stato non più soltanto in funzione di *regolazione* degli antagonismi in esso presenti, nonché proiettabili al suo esterno in una sorta di cono d'ombra della propria sovranità (“inter-nazionale”)³⁶, bensì soprattutto di *servizio* alla “persona”, si disegna un nuovo scenario incline non tanto a tracciarne un

aveva evidentemente condannato all'oblio la nozione gius-canonistica, di ascendenza benedettina, di “corpo morale” riferito alle “abbazie” quali centro di imputazione di “ricchezza”, onde sottolineare la stretta osservanza del voto di “povertà” del “singolo” monaco, secondo il precetto paolino *nihil habentes et omnia possidentes* (II Cor., 6, 10, poi trasfuso nella *Regula Benedicti*, XVI, 10, 74), che tanta parte avrebbe assunto nel futuro sviluppo dell'economia di mercato. In tema, P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 7ª ed., Roma-Bari, 2014, p. 219 ss.

³⁰ In cui, cioè, domina «la condensazione semantica [tra] razza, etnia e nazionalità» (U. Fabietti, *L'identità etnica. Storia e critica di un concetto equivoco*, 3ª ed., Roma, 2013, p. 29).

³¹ R. Esposito, *Communitas*, cit., p. XXI.

³² Su cui, conserva il suo pregio J. Lalinde Abadia, *Anotaciones historicistas al iusprivatismo de la Segunda Escolastica*, in P. Grossi (cur.), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1972, spec. p. 366 ss.

³³ Per il quale: «Le menti ‘realistiche’ possono pur deridere i sognatori che parlano di un'Umanità cementata e bardata non già di brutalità ma d'amore. [...] Questo scetticismo e quelle critiche non potrebbero impedire che la teoria e l'esperienza dell'Energia spirituale siano d'accordo per avvertirci che *siamo giunti ad un punto decisivo dell'evoluzione umana* in cui l'unica via di uscita in avanti si trova nella direzione d'una comune passione e d'una ‘cospirazione’» (P. Teilhard de Chardin, *L'Energia umana. Tra scienza e fede*, Milano, 1997, pp. 199-200, c.vo testuale).

³⁴ Su cui, v. l'indagine di O. Höffe, *Diritto naturale (diritto razionale) e diritti dell'uomo: problemi fondamentali di un'etica contemporanea e di una filosofia politica*, in A. Scola (cur.), *L'alba della dignità umana. La fondazione dei diritti umani nella dottrina di Jacques Maritain*, Milano, 1982, pp. 13-47.

³⁵ Nella cui concezione: «La persona esiste solo verso l'altro. (...) La prima esperienza della persona è quella della seconda persona. Il Tu e quindi il Noi precedono l'Io o perlomeno l'accompagnano» (E. Mounier, *Il personalismo* [1949], Milano, 1952, p. 34).

³⁶ Tanto da indurre G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* [1820], Milano, 2006, § 331, p. 281, a qualificare “diritto statale esterno” lo stesso diritto internazionale.

astratto “identikit” giuridico generalmente condivisibile – poiché “culturalmente relativo” al sistema di valori professato in un determinato contesto socio-politico³⁷ e non automaticamente “esportabile” attraverso discutibili prerogative belliche di c.d. “ingerenza umanitaria”³⁸ –, quanto piuttosto un repertorio di “attributi” (i.e., “beni ascrivibili”) per la sua protezione, trasversale alla più vasta comunità umana (“inter-statale”).

4. A ben riflettere, si porta così a compimento il percorso analitico intrapreso dal paradigma ricostruttivo della modernità: di quel paradigma, elaborato quale “intermediario paritetico” emancipatore dai vincoli di *status*, tramite però la creazione di un ennesimo *status*, quello di “cittadino” (i.e., “contraente sociale”), è possibile recuperare in nuova ottica il perno concettuale costituito dal “contratto” con cui, tuttavia, operare una “selezione” (i.e., “discriminazione”) non più dal punto di vista del soggetto, bensì delle utilità *disponibili*, cioè *contrattabili*. Di guisa che, all’individuo spetterà l’impegno “simmetrico” dello “stare ai patti” liberamente definiti nell’estensione soggettiva; allo Stato incomberà il diverso impegno “asimmetrico” e “solidale” (in senso tecnico di “co-mune debito” in quanto *munus*) di assicurare a *chiunque* “entri in relazione” con la propria sfera di influenza una “posizione di garanzia” dell’*indisponibile* “qualità” (anch’essa giuridica) di persona³⁹.

La distinzione tra “mercato” (i.e., reciprocità) e “non-mercato” (i.e., solidarietà) dipenderà allora dal tipo di beni e/o servizi oggetto di attribuzione, selezionati in base alla loro vicinanza con le sfere della dignità, dell’eguaglianza e dell’autonomia della persona: quanto più un bene è strumentale alla tutela di quelle sfere, tanto più sarà limitata la sua negoziabilità, sino al totale divieto di disposizione per alcuni beni anche in contesti “para-mercantili”⁴⁰. In questa prospettiva, finisce per stemperarsi anche l’incidenza dell’annoso dibattito, impossibile da affrontare in questa sede, circa l’innegabile – e per certi versi angoscioso – *relativismo culturale* connotante l’epoca presente⁴¹, le cui “discriminazioni” di vario genere perdono gran parte della

³⁷ Essendo nota da tempo «l’antica disputa se ai valori vada attribuita una rilevanza oggettiva, indifferente alle preferenze individuali, ovvero una rilevanza soggettiva, condizionata dalle scelte e dalla educazione dei singoli» (così, P. Schlesinger, *Mercato, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 329).

³⁸ Ne discute diffusamente V. Maimone, *Diritti umani e giustizia globale*, s.d., in *@Unipv – CFS/Scritti*, p. 15 ss., testo e note.

³⁹ Sul punto, cfr. G. Piepoli, *Tutela della dignità e ordinamento secolare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, spec. p. 27.

⁴⁰ Suggestivo è l’autorevole richiamo al dovere “asimmetrico” di solidarietà umana, gravante sull’assicuratore a mente dell’art. 1900 c.c., da parte di P. Rescigno, *Solidarietà e diritto*, Napoli, 2006, spec. p. 21; attualmente avvalorato dall’accresciuta sensibilità – recepita anche dalla giurisprudenza nomofilattica (cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2011, n. 3665, largamente commentata in diverse riviste) – per beni sottratti non soltanto al “mercato”, ma alla stessa “appropriazione privata”. In tema, v. *amplius* M.R. Marella (cur.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, postfaz. di S. Rodotà, p. 311 ss.

⁴¹ Vi si sofferma M. Bussani, *La diversità, il diritto e il discorso pubblico*, in G. Alpa, V. Roppo, *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, 2005, spec. p. 208.

propria rilevanza rispetto all'acquisita centralità della *persona* ed all'inderogabile *dovere solidale* nella salvaguardia delle condizioni per la sua piena manifestazione.

Questa moderna "antropologia dell'*homo dignus*"⁴², ove l'esperienza codicistica racchiude una disciplina giuridica giammai avulsa dai superiori fondamenti costituzionali⁴³, sicché i "beni" tornano ad essere etimologicamente *bona* in quanto "benefici" *a servizio* della persona e lo Stato, quale espressione "comunitaria" (i.e., "solidale") di quest'ultima, se ne fa "tutore" in forza della propria "autorità" (nella sua derivazione latina da *augere*) onde "accrescerne" la fruizione, segna il passaggio dalla *titolarità* (esclusiva) all'*accesso* (inclusivo), alla stregua del principio di "solidarietà sociale" sancito dall'art. 2 Cost. (ed "in proiezione" dai successivi artt. 41 e 42 Cost.)⁴⁴.

L'itinerario seguito dai diritti umani per penetrare negli ordinamenti giuridici statali – riportando, per così dire, la *legge* al *diritto*⁴⁵ – passa, dunque, attraverso l'ineludibile *costituzionalizzazione* di un nuovo "diritto (privato) internazionale", inteso stavolta quale espressione cogente della "Comunità" di tutti gli Stati *a servizio* delle "comunità" (non di "appartenenza", bensì) di "riferimento", laddove la "cittadinanza" viene a denotare non già (e non più) un "discrimine" nel godimento di quei diritti, ma il mobile "criterio di collegamento sociale"⁴⁶ con l'autorità statale "di prossimità" garante dello specifico *livello di tutela* apprestato, in ragione della pretesa rivendicata⁴⁷. Il compito di individuarne la portata e le connesse modalità di

⁴² Riprendendo l'omonimo titolo della *Lectio Magistralis* tenuta da S. Rodotà, in *@civilistica.com*, II, n. 2/2013, in occasione della Laurea *honoris causa* conferita dall'Università di Macerata nell'ottobre 2010. Conclude fermamente nel senso che: 'la discriminazione è offesa della dignità', A. Gentili, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207 ss.

⁴³ Tramite una radicale inversione di prospettiva nel sistema delle fonti, rispetto a quanto aveva già percepito G. Solari, *Individualismo e diritto privato* [1911], rist. Torino, 1959, p. 57, per il quale: «la Codificazione risponde nel campo del diritto privato a quello che furono le Dichiarazioni di diritti e le Costituzioni nel campo del diritto pubblico»; ripreso in seguito, nel sottolineare il parallelo mutamento di valori, da F. Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, spec. p. 175 ss.

⁴⁴ Cfr. N. Bobbio, *Presente e avvenire dei diritti umani* [1968], in Id., *Letà dei diritti*, Torino, 2005, spec. pp. 17-44. Sul significato assunto dal principio in relazione al divieto di discriminazione, v. M. Mantello, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, spec. p. 144 ss., testo e note.

⁴⁵ Si rinvia necessariamente alle osservazioni di V. Scalisi, *Regola e metodo nel diritto civile della post-modernità*, in Id., *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della post-modernità*, Milano, 2012, spec. p. 95 ss.

⁴⁶ Sulla (terza) dimensione "sociale" della cittadinanza, accanto a quella "giuridica" e "politica", si incentra la recente ricostruzione di G. Romeo, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo. Uno studio comparato*, Padova, 2011, spec. p. 59 ss.

⁴⁷ Cfr. spec. artt. 52 e 53 della Carta di Nizza, per la cui applicazione da parte degli avvocati generali e della Corte di Giustizia di Lussemburgo, prima e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, v. S. Iglesias Sanchez, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market L. Rev.*, 2012, p. 1565 ss.; nonché E. Malfatti, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2013, spec. p. 241 ss. Esamina secondo questa prospettiva i recenti interventi del nostro Giudice delle leggi circa la differenziazione dei c.d. "diritti sociali" seguita alla riforma del Tit. V, D. Messineo, *'Cittadinanza sociale' regionale e parità di trattamento dello straniero alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove aut.*, 2007, p. 143 ss.

erogazione, in base alla classificazione *ratione personae* dianzi accennata⁴⁸, è oggi devoluto all'attuale (e sempre più intenso) "dialogo" tra Corti supreme statali e sovranazionali, che quei diritti sono chiamate a rendere universalmente *effettivi*⁴⁹, in osservanza del principio di non discriminazione richiamato in apertura, teso a preservare – come recita l'art. 36 Cost. – "un'esistenza libera e dignitosa"⁵⁰.

Si evita, così, l'oscuramento dell'indissolubile intreccio tra rispetto di libertà e dignità, da un lato, e libera costruzione della personalità, dall'altro, che caratterizza l'art. 2 Cost. ed alla quale viene finalizzata la stessa garanzia dei diritti inviolabili, onde sottrarli al pericolo in agguato della "forza civilizzatrice dell'ipocrisia", travestendo interessi particolari da ragioni universali⁵¹; nonché facendo emergere il profondo legame con la solidarietà, la componente più trascurata – come visto – della storica triade "rivoluzionaria" (ossia, la *fratellanza*)⁵². Di quest'ultima è necessario tener conto in un sistema costituzionale c.d. "rigido" fortemente contraddistinto dall'attenzione per una dignità non solo "individuale", ma "sociale", al cospetto di diritti che, in quanto «congegni per effettuare una divisione di potere»⁵³ tra vari or-

⁴⁸ A conferma dell'ormai sovvertito fondamento "costituzionale" dei rapporti civili, ancorati all'individualismo "proprietario", che aveva portato alla programmatica affermazione di J.-J. de Cambacérés, in P.A. Fenet (cur.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, 1827, p. 141: «la legislazione civile regola i rapporti individuali e attribuisce a ciascuno i suoi diritti in relazione alla proprietà». Per una nitida panoramica ricostruttiva, v. ora R. Cippitani, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, spec. p. 347 ss.

⁴⁹ Spettando propriamente al giudice l'*imparzialità*, ossia appunto la neutralità da "pregiudizi" discriminatori, ad evitare che: «la propria esperienza porti alla generalizzazione tipo *massima di esperienza* [e] con un'azione del *pregiudizio* (...) una *simpatia* per il gruppo di appartenenza determina una *antipatia* per il gruppo esterno, una *autosaltazione* per il gruppo di appartenenza determina un'*eterodenigrazione* per il gruppo esterno» (R. Canestrari, *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, in *Quad. Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 8/2005, p. 44, c.vo testuale); oggi confortata dalla tecnica decisionale "intercomunicativa" riconducibile alla dottrina tedesca del *Verbund*, su cui v. R. Caponi, *Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo*, in V. Barsotti, V. Varano, *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale*, in *Annuario dir. comp. – Quad.*, 2012, spec. p. 123 ss.

⁵⁰ A difesa dell'eguale libertà di ciascuno dal pregiudizio, quindi eguaglianza *nella libertà* piuttosto che *nel trattamento*. In tema, A. Bettetini, *Divieto di discriminazioni e tutela del soggetto debole*, in P. Gianniti (cur.), *I diritti fondamentali dell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, dir. G. De Nova, Bologna-Roma, 2013, p. 656.

⁵¹ Significativa, a riguardo, la denuncia mossa da A. Schiavello, *La fine dell'età dei diritti*, in *Etica & Politica*, 2013, spec. p. 143, testo e note; pericolo insito nella c.d. "interpretazione costituzionalmente orientata" del comb. disp. artt. 2059 c.c. e 2 Cost., un cui indice sintomatico è, da ultimo, rappresentato da Cass., ord. 4 marzo 2014, n. 5056, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 490, interlocutoria di (ulteriore) rimessione alle Sezioni Unite circa la contrastata liquidazione del(le voci di) danno non patrimoniale, da cui espungere i c.d. danni "bagatellari" ovvero (nella specie) "duplicati".

⁵² Sicché, come argutamente rilevato: «la nozione costituzionalistica di dignità dell'uomo riesce a comporre la relazione persona-comunità che senza di quella deflagrerebbe in inconciliabili antinomie» (F.P. Casavola, *I diritti umani*, Padova, 1997, p. 18).

⁵³ Nell'argomentazione sviluppata da J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, pp. 245-263, spec. p. 257; nell'alveo della riflessione sulla vocazione "extrastatuale" del diritto civile, su cui si segnala G. Benedet-

gani decisionali non solo statali, nel tutelare *persona e beni*, vi sottendono non già l'astratta nozione, bensì la vocazione alla "socialità"⁵⁴.

Il rischio di opacità permane, tuttavia, evidente nell'attuale *drafting* per principi, divenuto tecnica diffusa e consolidata, soprattutto nella misura in cui le esigenze di "uniformazione" scaturite dagli imperativi dell'inarrestabile globalizzazione "economica" investono istituti ove il retaggio culturale appare più sedimentato, tanto da suggerire una meno pervasiva "armonizzazione" dei canoni giuridici cui ispirarsi⁵⁵. Di guisa che, se perlomeno nella materia negoziale è dato registrare un grado di omologazione alquanto avanzato, tanto da poter identificare un *contratto di diritto europeo*⁵⁶ e renderlo valutabile anche sotto il segnalato profilo "antidiscriminatorio" quale strumento di *integrazione sociale per l'accesso ai beni e servizi di generale interesse economico*⁵⁷, nel settore del diritto delle persone l'inveterato paradigma "contrattualista" – che marcava «una trasmutazione di una umanità indistinta in una cittadinanza situata»⁵⁸ – comporta ancor oggi una tendenziale "autoreferenzialità" nel faticoso ravvicinamento dei trattamenti giuridici riservati a riguardo.

Il rilievo attiene propriamente alla perdurante prerogativa statale sia riguardo ai caratteri strutturali delle fattispecie di diritto sostanziale, sia alla previsione dei rimedi nella conseguente attuazione processuale⁵⁹. Per cui, negli interstizi normativi, che si lasciano intravedere, sono ben possibili residuali incertezze di disciplina dovute ad eventuali richiami incrociati tra fonti di grado differente, in cui quella formalmente sopraordinata rimandi a precetti stabiliti da quella inferiore, laddove l'unico "trasformatore" idoneo a disinnescare l'(altrimenti) inevitabile "corto circuito" appare il risalente principio civilistico dell'*abuso di diritto* quale ("norma di chiusura" ex art. 54 della Carta di Nizza e) *criterio di proporzionalità* nell'impiego della legislazione nazionale.

ti, *Attualità del pensiero e dell'opera di Filippo Vassalli*, in Id., *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 53 ss.

⁵⁴ V. in proposito le osservazioni di A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 128 ss. In questo senso: «il fulcro dell'ordinamento costituzionale è il valore e la dignità della persona, che agisce con libera determinazione come membro di una società libera» (P. Haerberle, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in Id., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003, p. 79).

⁵⁵ Per un'esemplare rassegna, cfr. A. Falzea, *Drafting legislativo e formazione delle regole giuridiche*, in R. Perchinunno (cur.), *Il drafting legislativo: il linguaggio, le fonti, l'interpretazione (del modo di fare le leggi e dei suoi effetti)* (Atti del Convegno di Bari, 14-15 ottobre 2005), Napoli, 2007, p. 213 ss.

⁵⁶ A cui è dedicata l'apposita trattazione di S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, spec. p. 73 ss.

⁵⁷ Così, D. Maffei, *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Dir. eccl.*, 2006, p. 55 ss., spec. p. 79 ss.

⁵⁸ Secondo l'acuta definizione di S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme e du citoyen*, Paris, 1988, p. 352.

⁵⁹ L'esigenza di ripensare alle categorie civilistiche tradizionali nel mondo globalizzato, che tuttavia non esclude i segnalati limiti di intervento, viene perciò ridimensionata da P. Barcellona, *Il contratto e l'economia globale*, in Aa.Vv., *Contratto e lavoro subordinato*, Padova, 2000, p. 43.

Scelte quali, ad es., la condizione giuridica dello straniero irregolare e l'effettività dei rimedi ad esso relativi ne costituiscono un banco di prova decisivo, appartenendo interamente alla responsabilità legislativa degli Stati. È quanto esattamente si riscontra in relazione alla peculiare fattispecie matrimoniale, oggetto di analitica considerazione da parte dell'Autore qui omaggiato, nel capitolo del volume da cui le presenti osservazioni hanno tratto spunto ed a cui occorrerà ora tornare.

5. Invero, la riforma – dichiarata costituzionalmente illegittima – dell'art. 116 c.c., ad opera dell'art. 1, c. 15, L. 15 luglio 2009, n. 94, recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica* (c.d. "Pacchetto sicurezza"), imponendo l'attestazione di regolare soggiorno per lo straniero intenzionato a contrarre matrimonio in Italia, trova la sua primaria giustificazione non tanto (e non solo) nella disciplina in materia di libera circolazione delle persone, quanto più direttamente nel riconoscimento del diritto di costituire una famiglia quale diritto fondamentale della persona, senza alcuna limitazione di sesso, razza, religione né, appunto, di "cittadinanza". Sono molteplici, a riguardo, le dichiarazioni normative favorevoli: dall'art. 16, par. 1, della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948, agli artt. 23, par. 2, e 26 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966, entrambi documenti O.N.U.; e, più in particolare, agli artt. 12 e 14 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950 ed all'art. 9 della *Carta di Nizza*, le quali, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (dal 1° dicembre 2009), devono oramai considerarsi implementate ex art. 6 TUE nell'ordinamento comunitario con valenza cogente.

Ambedue le disposizioni sovranazionali da ultimo richiamate rimandano, tuttavia, alle singole leggi nazionali quali fonti di disciplina essenziale del diritto al matrimonio⁶⁰, di modo che l'eventuale conflitto tra norma sovranazionale e norma nazionale subordinata si risolverebbe, in definitiva, in un conflitto tra norme parimenti nazionali, di certo non componibile per mezzo dell'istituto pretorio della disapplicazione. Non resterebbe, pertanto, che riferire l'eventuale incompatibilità del novellato art. 116, c. 1, c.c. al contrasto con i "principi generali" del diritto comunitario concernenti la libertà fondamentale di costituire una famiglia. Sennonché, a parte l'obiettivo incertezza di una disapplicazione della norma nazionale a favore di principi generali non tradotti in una specifica normativa di settore⁶¹, va ricordato

⁶⁰ Cfr. la giurisprudenza menzionata in P. Morozzo Della Rocca, *I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ.*, in *Fam. dir.*, 2009, pp. 948-949, testo e note.

⁶¹ Quantunque l'operatività dell'ipotesi sia da condividere nelle premesse concettuali, su cui si fonda l'istituto della disapplicazione comunitaria (da ultimo, cfr. C. Pagotto, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, spec. p. 189 ss.). E tuttavia, in ambito matrimoniale, il dubbio appare fondato giacché non esistono norme comunitarie produttive di effetti diretti, a favore delle quali l'istituto della disapplicazione possa legittima-

che, a norma dell'art. 6, § 3 TUE, i principi generali del diritto comunitario in materia di diritti fondamentali risultano (altresì) «dalle *tradizioni costituzionali* comuni agli Stati membri».

Sulla base di tali osservazioni, pur ammettendo la (dubbia) ricorribilità al rimedio della disapplicazione, torna utile vagliare la “tenuta” della novella all'art. 116 c.c. alla luce della nostra Carta costituzionale.

Sotto questo profilo, il diritto di costituire una famiglia ben può essere considerato un diritto fondamentale della persona anche per la “tradizione costituzionale” italiana⁶². La libertà di sposarsi e di scegliere il proprio coniuge riguarda la sfera dell'autonomia e dell'individualità ed è, quindi, una scelta sulla quale lo Stato non può interferire, *a meno che non vi siano interessi prevalenti incompatibili*.

Di certo, l'ordine pubblico inteso come *pubblica sicurezza* rappresenta interessi meritevoli di tutela che possono essere perseguiti sia mediante il controllo dei flussi migratori nel territorio⁶³, sia, in linea di principio, mediante restrizioni alla libertà matrimoniale⁶⁴. Peraltro, il giudizio di prevalenza di un interesse rispetto ad un altro confliggente deve ispirarsi alla regola del “minimo mezzo”, in cui si sostanzia l'evidenziato principio di proporzionalità dell'intervento normativo⁶⁵.

Orbene, la *ratio* della censurata novella sarebbe (stata) quella di impedire l'utilizzo fraudolento dell'istituto matrimoniale, affinché non venisse utilizzato come facile espediente per ottenere un titolo di lecito soggiorno nel territorio nazionale – in aggiunta, magari, all'acquisto della cittadinanza (art. 5, L. 5 febbraio 1992, n. 91) – senza che, alla formale celebrazione del rito, corrispondesse un effettivo rapporto familiare tra i coniugi. Ma se l'obiettivo perseguito dal legislatore è stato, per davvero, quello di impedire matrimoni c.d. “di comodo”, il risultato ottenuto è l'aver offerto fondamento normativo (e discriminatorio) a quanto restava nulla più che un deprecabile “pregiudizio”, ossia l'equazione “clandestinità = criminalità”, con esiti

mente operare (v., a riguardo, Corte giust. CE, 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Flli Costanzo*, in *Racc.*, 1989, p. I-1861, punti 28-30; nonché Id., 21 giugno 2001, causa C-118/00, *Larsy*, *ivi*, 2001, p. I-5063, punti 51-52), posto che la riconosciuta preminenza dell'ordine pubblico interno in tale ambito preclude oltretutto l'esistenza, nel diritto comunitario, anche solo di principi generali aventi efficacia diretta.

⁶² Un esauriente *excursus* sul tema trovasi in A. Celotto, *La libertà di contrarre matrimonio fra Costituzione italiana e (progetto di) Costituzione europea: spunti di riflessione*, in *Famiglia*, 2004, p. 319 ss.

⁶³ Anche le fonti sopraordinate ne danno atto: v. art. 2, par. 3 e 4, Prot. Add. n. 4 alla Convenzione di Strasburgo; art. 12, par. 3, Patto internazionale sui diritti civili e politici; nonché, con riguardo ai lavoratori, lo stesso art. 45, par. 3, TFUE.

⁶⁴ Si ricorda come la Corte di Strasburgo abbia chiarito che il diritto di sposarsi, di cui all'art. 12 Conv., a meno che risulti, nel caso concreto, l'impossibilità per la coppia di sposarsi altrove, «non include in linea di principio il diritto a scegliere la collocazione geografica del matrimonio» (C.E.D.U., 11 luglio 2006, *Savoia e Bounegru c. Italia*, ric. n. 8407/05).

⁶⁵ Per tutte, C. cost., 26 maggio 2006, n. 206, in *Giur. it.*, 2007, p. 308, con nota di D. Carrarelli; in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 3, con nota di A. Fontana.

distorsivi a cominciare dalla “chiara” confusione dell’*ordine pubblico* nel senso “civile” e “penalistico”⁶⁶.

Anzitutto, infatti, di fronte ad uno scenario normativo simile, non appariva del tutto insensato temere che anche lo straniero comunitario potesse contrarre un matrimonio “di comodo” con un cittadino italiano: un timore cui il legislatore aveva già rimediato con la modifica dell’art. 54, D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (recante *T.U. sull’ordinamento degli enti locali*), il cui nuovo c. 5-*bis* attribuisce al Sindaco – e, quindi, anche all’ufficiale dello stato civile nell’ambito delle proprie competenze nuziali – l’obbligo di segnalare «alle competenti Autorità, giudiziaria o di pubblica sicurezza, la condizione irregolare dello straniero o del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell’Unione Europea, per l’eventuale adozione di procedimenti di espulsione o di allontanamento dal territorio dello Stato» (c.vo aggiunto)⁶⁷.

Inoltre, il divieto in parola, per come previsto, opera(va) anche se lo straniero irregolare intendesse convolare a nozze con un altro straniero irregolarmente soggiornante in Italia, nella cui ipotesi, però, non vi sarebbe (stato) in premessa alcun rischio di strumentalizzazione dell’istituto matrimoniale, ai fini del conseguimento dei segnalati benefici.

Per giunta, il nuovo art. 116, c. 1, c.c. risulta(va) non solo esorbitante, ma addirittura non sufficiente allo scopo. A puro titolo esemplificativo, basterà accennare alla possibilità, in relazione al divieto di espulsione di cui all’art. 19, c. 2, lett. c), D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (recante *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*) che il matrimonio fosse celebrato all’estero⁶⁸, magari presso una sede consolare italiana, o addirittura per procura ai sensi dell’art. 111 c.c. In generale, poi, il divieto in esame avrebbe potuto essere eluso semplicemente scegliendo di contrarre un matrimonio secondo rito concordatario, al quale l’art. 116 c. c. non risulta applicabile ai sensi dell’art. 82 c.c.⁶⁹. Né, del resto, potrebbe esserlo senza violare l’art. 7, c. 2, Cost., per il quale la disciplina del matrimonio c.d. “concordatario” non può subire modifiche “unilaterali” da parte dello Stato (ovvero della Chiesa), come invece risulterebbe modificata qualora si fosse ritenuto applicabile il novellato art. 116 c.c.⁷⁰.

Ma più di ogni altra, vale l’osservazione per cui il legislatore ha, di fatto, introdotto una vera e propria *presunzione assoluta* di utilizzo fraudolento del matrimonio

⁶⁶ S. Rodotà, *Diritti e libertà nella storia d’Italia. Conquiste e conflitti (1861-2011)*, Roma, 2011, spec. p. 150.

⁶⁷ D. Berloco, *Il matrimonio in Italia di cittadini stranieri privi del permesso di soggiorno alla luce del D.L. 23 maggio 2008*, n. 92 conv. in L. 24 luglio 2008, n. 125, in *Stato civ. it.*, 2009, p. 12 ss.

⁶⁸ Cass., 13 aprile 2001, n. 5537, in *Fam. dir.*, 2002, p. 154, con nota di R. Clerici.

⁶⁹ Per tutte, Cass., sez. un., 12 marzo 1970, n. 635, in *Giur. it.*, 1970, I, c. 1019.

⁷⁰ Per maggiori dettagli, cfr. S. Arena, *L’integrazione dell’art. 116 del codice civile legalmente eludibile tra capisaldi giuridici da sempre imperanti e operanti*, in *Stato civ. it.*, 2009, p. 725 ss.

da parte dello straniero irregolare, in violazione dell'art. 24 Cost., per l'impossibilità di provare la genuinità del vincolo coniugale in base al requisito della convivenza sostanziale ed affettiva.

Del resto, se il diritto di costituire una famiglia – da cui discende il diritto a soggiornare in Italia correlato al divieto di espulsione poc'anzi ricordato, se l'altro coniuge è regolarmente soggiornante, a vario titolo, nel territorio – riguarda senz'altro la sfera dell'autonomia della persona, esso però si esprime necessariamente in una scelta di coppia, che va pur condivisa con il proprio *partner*. Pertanto, nella misura in cui si ammette la legittimità del requisito matrimoniale quale presupposto del divieto⁷¹, deve conseguentemente ammettersi la legittimità del requisito della convivenza, che si esprime nella medesima scelta di coppia, accertabile caso per caso, a pena del definitivo svuotamento del principio sancito dall'art. 3 Cost.

6. E tuttavia, a dimostrazione di quanto l'onda lunga del paradigma “contrattualista” continui a percepirsi tra le righe delle decisioni delle Corti supreme, sarà sufficiente riflettere sulle ragioni sostanziali che hanno “guidato” il nostro Giudice delle leggi a dichiarare l'incostituzionalità del novellato art. 116 c.c.

Ricorre alquanto frequentemente, nelle osservazioni sviluppate dai numerosi commentatori della pronuncia (n. 245 del 2011), il rilievo circa l'indissolubile nesso tra *libertà matrimoniale* e rispetto della *dignità* – nei termini in precedenza enucleati dalla moderna antropologia giuridica –, la cui lesione sarebbe all'origine dell'intervento censorio⁷². Verificare, tuttavia, in quale misura tale nozione acquista concreta rilevanza, nella recente giurisprudenza costituzionale, rende evidente una tendenza meritevole di ulteriori affinamenti, onde poter assurgere ad effettivo principio di diritto utile, già a livello di corti di merito, per un'interpretazione c.d. adeguatrice, con conseguente disapplicazione *ex art. 15 disp. prel. c.c.* di ulteriori disposizioni formalmente non censurate, altrimenti a rischio di sfuggire all'esito emendativo, malgrado un'analogata attitudine lesiva.

Si è già detto della rinnovata attenzione verso la nozione di *dignità umana* andata crescendo negli ultimi anni⁷³ – soprattutto per effetto del varo della (più volte

⁷¹ In termini, anche la recente Cass., 6 luglio 2009, n. 15835, su *@iureproprio.it*, che ripropone la tesi già sviluppata a partire da Corte cost., ord. 20 luglio 2000, n. 313, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2367.

⁷² Per tutti, cfr. G. La Marca, *Il nuovo art. 116 c.c. tra sicurezza pubblica e libertà matrimoniale*, in D. Amram, A. D'Angelo (cur.), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, in *Quad. Riv. dir. civ.*, n. 18/2011, p. 247 ss.

⁷³ In quanto «condizione aggregante che rappresenti il minimo comune denominatore dei diritti fondamentali diffusamente riconosciuti» (così, Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007, p. 338). In prospettiva comparatistica, v. utilmente G. Rolla, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. Ceccherini (cur.), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p. 57 ss.

richiamata) Carta di Nizza⁷⁴ – e rivolta con preferenza all'utilizzo che ne ha fatto la Corte costituzionale, senza però spingersi nel tentativo di una ricostruzione sistematica della relativa accezione giuridica⁷⁵. La sensazione è che il significato sia dato per presupposto, risultando abbastanza problematico fornirne una definizione soddisfacente per tutti i casi, che non appaia troppo riduttiva ovvero, al contrario, così estesa da perdere ogni utilità pratica⁷⁶.

In particolare, la più rilevante affermazione in proposito, contenuta nell'art. 3 Cost., per cui tutti i cittadini godono di “pari dignità sociale”, è stata poco approfondita e non utilizzata dalla giurisprudenza in modo autonomo, rispetto al presente principio di uguaglianza. Probabilmente l'espresso riferimento ai “cittadini”, con una palese restrizione rispetto alla “persona” di cui all'art. 2 Cost., non ha contribuito a favorire una lettura condivisa della norma, risultando difficile illustrare la differente portata della pari dignità “sociale”, per un verso, rispetto al principio di uguaglianza e, per altro verso, alla dignità “umana”.

Di guisa che, anche quando è stata chiamata ad intervenire nel campo d'elezione della questione antidiscriminatoria, pronunciandosi sulle c.d. “azioni positive” in favore dell'imprenditoria femminile, la Consulta ne ha individuato il fondamento costituzionale a sostegno di determinate categorie sociali svantaggiate nella realizzazione della «garanzia effettiva del valore costituzionale primario della pari dignità sociale»⁷⁷. Al contempo, però, ha riconosciuto che le disposizioni oggetto del giudizio, promozionali dell'imprenditoria femminile, sono svolgimento immediato del dovere fondamentale stabilito dall'art. 3, cpv., Cost. La “pari dignità sociale” viene letta, cioè, in stretta connessione con il principio di uguaglianza (sia pure, in senso sostanziale), quasi che si trattasse del medesimo principio.

Non si tarderà a ritrovare evidenti punti di contatto nel medesimo “uso giurisprudenziale” della nozione di *dignità umana* anche nella segnalata pronuncia, con un'aggiunta che, nel caso di specie, finisce sia pure indirettamente per depotenziarne *a fortiori* le conseguenze applicative e, quindi, l'esito emendativo auspicato. Sostene-

⁷⁴ In argomento, v. anche le riflessioni di F. Sacco, *Note sulla dignità umana nel “diritto costituzionale europeo”*, in S. Panunzio (cur.), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 596 ss.

⁷⁵ Per A. Occhipinti, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino, 2008, p. 34, la relativa nozione non è infatti predefinibile, ma si adegua al mutare dei tempi e sintetizza: «il livello di sensibilità espresso dalla società ed il senso del rispetto dovuto alla persona, ricostruito in relazione alla fase temporale di riferimento».

⁷⁶ L'ambiguità dell'espressione è, del resto, testimoniata dal fatto che la stessa Corte costituzionale, pur avendone reiteratamente impiegato il concetto, si è sottratta ad uno sforzo ricostruttivo, pure effettuato con riferimento ad altri diritti inviolabili, quali la libertà personale (art. 13 Cost.); o clausole generali di difficile inquadramento, come il “buon costume” (art. 21 Cost.). Per tali considerazioni, cfr. più diffusamente G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in Aa.Vv., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Lecce, 2010, pp. 167-168.

⁷⁷ Corte cost., 26 marzo 1993, n. 109 (§ 2.2 in diritto), in *Regioni*, 1993, p. 1705, con nota di C. Barbati.

re, infatti, come mostra di opinare la Consulta, che: «[...] la limitazione al diritto dello straniero a contrarre matrimonio nel nostro Paese si traduce anche in una compressione del corrispondente diritto del cittadino o della cittadina italiana che tale diritto intende esercitare» (§ 3.1., in diritto), non fa altro che riproporre, con i dovuti adattamenti, l'omologo costruito ermeneutico delle c.d. discriminazioni "a rovescio"⁷⁸; con la variante, di non poco momento, per cui non viene presa di mira, onde rimediare alla relativa situazione giuridica discriminata, la condizione (deteriore) dello straniero, bensì quest'ultima rileva quale mero elemento di raffronto (e, quindi, solo indiretto di tutela) per censurare l'effettiva disegualianza che si determinerebbe a scapito del "cittadino" (non già della "persona"), la cui "pari dignità sociale" ex art. 3 Cost., in quanto "derivata" del principio di uguaglianza, ne risulterebbe altrimenti compromessa.

In altri termini, gli stranieri godono non solo dei diritti che la Costituzione attribuisce a *tutti indistintamente*, ma anche di quelli che – come, ad es., la libertà di riunione e di associazione (artt. 17 e 18 Cost.) – si esprimono in una scelta (*purché*) condivisa con "cittadini" italiani⁷⁹. Il legame "etnico", cedevole rispetto ad un vincolo "etico", continua a reclamare l'ultima parola.

7. La riprova dell'equilibrio "claudicante" venutosi a creare all'indomani della segnalata motivazione censoria, in forza della (residuale) vigenza di altre disposizioni inerenti al trattamento giuridico dello straniero, che perdurano nella propria efficacia menomante della relativa condizione, è fornita dal medesimo orientamento assunto dalla Consulta a(d appena) due giorni di distanza dalla pubblicazione della sentenza di accoglimento, dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice di Pace di Trento⁸⁰ in riferimento, oltre agli stessi parametri già censurati dal precedente giudice *a quo*, anche agli artt. 6 e 10-*bis* t.u. imm., come modificati dal c.d. "Pacchetto sicurezza".

Ed invero, in forza del novellato art. 6 t.u. imm., lo straniero che intenda ottenere da una P.A. il rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di suo interesse, comunque denominati, deve esibire il permesso di soggiorno, salvo

⁷⁸ Per cui non è consentito al legislatore nazionale stabilire vincoli ulteriori al libero esercizio di situazioni soggettive rispetto a quelli (eventualmente) previsti in ambito comunitario. Un esempio emblematico è dato da Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 443, in *Giur. it.*, 1998, p. 2093, con nota di C. Tripodina; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 246, con nota di S. Ninatti; in *Dir. econ.*, 1999, p. 143, con nota di A. Simonati. Ne trattano C. Dautricourt, S. Thomas, *Reverse Discrimination and free movement of persons under Community law: all for Ulysses, nothing for Penelope?* in *Eu. L. Rev.*, 2009, p. 443 ss.

⁷⁹ In proposito, v. G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, 13^a ed., Bologna, 2010, p. 665. Circa la penetrazione del "contrattualismo" nel tessuto costituzionale, v. chiaramente la celebre Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364 – Rel. Dell'Andro, §§ 16 e 18 in diritto, largamente pubblicata e commentata.

⁸⁰ L'ordinanza trovasi in *@Quot. Giur.*, con osservazioni di M. Bellina.

che si tratti di accedere alle prestazioni sanitarie (di cui all'art. 35 t.u. imm.) ed alle prestazioni scolastiche obbligatorie, ovvero di ottenere provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo. Il testo modificato non menziona più, quali ipotesi esentate dalla richiesta di esibizione, i provvedimenti inerenti agli *atti di stato civile* ed all'*accesso ai pubblici servizi*.

Di guisa che, circa questi ultimi, verrebbe in particolare rilievo l'applicabilità della novellata (e formalmente non censurata) disciplina all'iscrizione dell'imprenditore (individuale) straniero nel registro delle imprese⁸¹. Con l'irragionevole aggravante (scrutinabile *ex art. 3 Cost.*) che, ove si ritenesse valere l'obbligo di esibizione, non sarebbe dato comprendere non solo come mai lo straniero sia tenuto a documentare tale ulteriore formalità, oltre quelle già previste e disciplinate dall'art. 2189 c.c.⁸²; ma anche in che modo consentire l'ottenimento del permesso di soggiorno, notoriamente collegato alla certificazione di un'attività lavorativa (*ex art. 5-bis t.u. imm.*), se si minano in radice proprio i presupposti affinché lo straniero (in predicato, irregolare) possa soddisfarne l'esercizio, avviando un'iniziativa economica (nel caso, autonoma) tutelata dall'art. 41 Cost.⁸³.

Più articolato appare lo scenario circa gli *atti di stato civile*, per i quali la mancata previsione (*rectius*, il silenzio) del menzionato art. 6 sul nesso tra questi ultimi e possesso del permesso di soggiorno ha creato seri dubbi sulla possibilità di compiere, da parte dello straniero irregolare, "atti di stato civile" anche *diversi* dal matrimonio, per il quale la novella (poi censurata) dell'art. 116 c.c. ne imponeva comunque l'allegazione: in particolare, la dichiarazione di nascita di un figlio, ovvero il riconoscimento dello stesso, con gravi conseguenze su diritti costituzionalmente garantiti, quali il diritto del figlio alla propria identità personale e familiare, nonché il diritto del genitore alle relazioni familiari con i propri figli (*ex artt. 2, 29 e 30 Cost.*). Per fugare tali perplessità, il Ministero dell'Interno è corso ai ripari "chiarendo" che l'atto di stato civile «*ha natura diversa e non assimilabile a quella dei provvedimenti menzionati*» nella norma (i.e. art. 6, licenze di commercio, etc.) e, quindi, «*non devono essere esibiti documenti inerenti al soggiorno trattandosi di dichiarazioni rese, anche a tutela del minore, nell'interesse pubblico della certezza delle situazioni di fatto*», la norma in questione riferendosi invece all'interesse dello stra-

⁸¹ Per l'impresa in forma societaria, si rinvia a B. Nascimbene, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 307 ss., spec. p. 324 ss.

⁸² Sull'inapplicabilità dell'art. 6 cit. all'iscrizione nel registro delle imprese, da qualificarsi come "accesso a pubblico servizio", cfr. D. Ockl, *Brevi note in tema di iscrizione presso il registro imprese di soggetti stranieri*, in *Quad. sem. CNN*, n. 1/2005, p. 599 ss.; l'opinione, espressa prima della segnalata modifica al t.u. imm., si fonda comunque anche sull'applicazione del principio di reciprocità, ritenendo che se tale condizione sussiste, ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, non deve essere richiesta allo straniero documentazione ulteriore rispetto a quanto previsto dall'art. 2189 c.c.

⁸³ In argomento, cfr. A. Liserre, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Jus*, 2008, p. 83 ss.

niero⁸⁴. Si confida che le ipotesi esemplificate nella Circolare Ministeriale siano lette in forma non tassativa, riguardando anche altri atti di pari natura, ancorché non menzionati, quali l'acquisto della cittadinanza italiana, l'adozione, sino alla dichiarazione di morte.

Le criticità permangono, tuttavia, per il matrimonio, la cui disciplina recata dal censurato art. 116 c.c. non sembra aver intaccato la previsione dell'(ancora formalmente vigente) art. 6, che tuttavia, in quanto norma *generale*, sarebbe interessata dalle modifiche – sia pure demolitorie – intervenute sulla norma *speciale* matrimoniale, in base al noto principio della *lex (posterior) specialis* (i.e., art. 116 c.c. emendato) *derogat (priori) generali* (i.e., art. 6 t.u. imm.)⁸⁵. Questa precisazione, se da un lato giustifica nuovamente la non necessità di esibizione del permesso di soggiorno (ex art. 15 disp. prel. c.c.), d'altro lato (censure di costituzionalità a parte) evidenzerebbe l'intrinseca contraddittorietà della previsione generale, che continuerebbe ad obbligarne l'esibizione per contrarre matrimonio, distinguendo (anche in questo caso, irragionevolmente ex art. 3 Cost.) quest'ultimo dagli altri *atti di stato civile* prima richiamati, per i quali tale formalità, secondo interpretazione "autentica" (*recitius*, ministeriale), non occorre.

Peraltro, il "germe" dell'irragionevolezza non si ferma qui, se si considera l'ulteriore profilo su cui impatta l'oramai famigerato "Pacchetto sicurezza", con l'inserimento del nuovo art. 10-*bis* t.u. imm. È di tutta evidenza, infatti, l'impossibilità di qualificare *soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, a tenore della (novellata) norma così rubricata, quello dello straniero privo del relativo permesso che vi "si trattenga" a motivo della celebrazione del matrimonio, in quanto *causa di giustificazione* della (mancata) espulsione, proprio all'esito del censurato art. 116 c.c., ai fini dell'esercizio di un diritto fondamentale riconosciuto al massimo rango⁸⁶. Senza dire del diritto di difesa nel (più che eventuale) procedimento penale connesso, ove il "soggiornante irregolare" risulta, di per sé, sprovvisto dei requisiti fiscali prescritti per

⁸⁴ Tramite Circ. Min. Int., 7 agosto 2009, n. 19, su cui cfr. F. Masucci, *Divieto di matrimonio per stranieri irregolari: osservazioni e critiche all'interpretazione data dalla circolare ministeriale del Ministero dell'interno n. 19 del 07-08-2009 che ne estende la portata*, in @diritto.it, inserito il 15.10.2009.

⁸⁵ Per una recente applicazione, v. Cass., ord. 21 agosto 2008, n. 21418 (punto 1, in diritto), in @altalex.it, inserito il 20 ottobre 2008, con nota di F. Quadri.

⁸⁶ V., però, Cass. pen., 12 febbraio 2008, n. 6605, in *Cass. pen.*, 2009, p. 699, con nota di D. Potetti, per la quale neppure le nozze contratte con un cittadino italiano sottraggono l'immigrato irregolare all'espulsione intimata dal Questore, in quanto il matrimonio non rientra tra i motivi di discriminazione razziale che giustificano l'inottemperanza al provvedimento espulsivo. La questione non pare del tutto risolvibile mediante "derubricazione" prevista dalle *Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, con L. 28 aprile 2014, n. 67, il cui art. 2, c. 3, lett. b), concede diciotto mesi per: «abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-*bis* [t.u. imm., ma], conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia» (c.vo aggiunto).

l'ammissione al gratuito patrocinio dall'art. 79, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (recante *Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*), ancora di recente negato malgrado contraria pronuncia (benché, anzi forse perché "interpretativa di rigetto") della Consulta⁸⁷.

Gli evidenziati profili problematici, facile appiglio per possibili applicazioni tanto "letterali", quanto palesemente riduttive degli intenti di tutela perseguiti dalla Consulta, in relazione alla condizione giuridica (matrimoniale, e non solo) dello straniero avrebbe, quindi, consigliato uno sforzo interpretativo per riaffermare appieno che: «come atto dello spirito il matrimonio è in partenza pieno di tutte le avventure della vita, di tutto il male della vita [...], e pertanto nulla può incidere in esso»⁸⁸.

Una lettura – come si diceva – di alto spessore "culturale", che il volume dell'Autore qui omaggiato consegna alla «responsabilità del giurista nell'età dell'incertezza»⁸⁹ in perenne dialettica con il formante giurisprudenziale, elevandola a moderno strumento indispensabile per una corretta ermeneutica giuridica.

⁸⁷ Corte cost., ord. 14 maggio 2004, n. 144, in *Dir. giust.*, 2004, f. 23, p. 11, con nota di M. Rinaldi, che non ha impedito all'Uff. G.I.P. – Trib. S. Maria C. V., decr. 26 agosto 2013, n. 546, in *@avvocatiforomcv*, di rigettare la relativa istanza, in modo "formalmente" ineccepibile, in quanto: «Le decisioni interpretative di rigetto della Corte costituzionale non hanno efficacia *erga omnes*, a differenza di quelle dichiarative dell'illegittimità costituzionale di norme, e pertanto determinano solo un vincolo negativo per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione» (Cass. pen., sez. un., 17 maggio 2004, n. 23016, largamente pubblicata e commentata).

⁸⁸ S. Satta, *Divorzio*, in *Quad. dir. e proc. civ.*, II, Padova, 1969, p. 162.

⁸⁹ A. Punzi, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009, p. 19 ss., spec. p. 65 ss.

Il nome come marchio d'infamia: il caso dei nomi ebraici tra vecchie e nuove discriminazioni

di Giorgio Resta*

SOMMARIO: 1. L'art. 22 Cost. e i suoi presupposti storici. – 2. Il diritto fascista e i segni distintivi della persona. – 3. La legislazione razziale e la nuova disciplina dei nomi ebraici. – 4. Le premesse ideologiche della riforma. – 4.1. L'identificabilità dei cognomi ebraici. – 4.2. Il nome 'parlante'. – 4.3. Il mito dell'ebreo nascosto. – 5. La creazione di un 'ghetto onomastico'. – 6. La disciplina dei nomi ebraici in Francia. – 7. L'esperienza tedesca. – 8. La legislazione nazionalsocialista. – 9. Prime conclusioni.

1. L'art. 22 Cost. e i suoi presupposti storici

L'art. 22 della Costituzione italiana proclama solennemente che “nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome”. L'attenzione dell'interprete viene generalmente ad appuntarsi sulle prime due garanzie contemplate da tale disposizione, quelle relative alla capacità giuridica e alla cittadinanza. Minore spazio è riservato, nell'ambito dei commenti e delle analisi dottrinali, al tema della salvaguardia del nome quale diritto fondamentale della persona umana¹. Ciò non può sorprendere più di tanto, se si considera che, mentre è agevole figurarsi casi di perdita della capacità giuridica o della cittadinanza per motivi politici, più difficile è immaginare – come osservava lo stesso deputato Mastroianni nel dibattito svolto in seno alla Prima Sottocommissione dell'Assemblea Costituente² – situazioni e contesti concreti che conducano alla privazione, per ra-

* Questo lavoro sviluppa e integra il testo della relazione presentata al Convegno “A 75 anni dalle leggi razziali. Nuove indagini sul passato, ancora lezioni per il futuro”, Università di Roma Tre, 10 dicembre 2013. Esso è dedicato, con affetto e ammirazione, al Prof. Giuseppe Tucci.

¹ Cfr. ad es. le pagine di U. De Siervo, *sub art. 22*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *Rapporti civili, Artt. 22-23*, Bologna-Roma, 1978, 1-20, ove alla tutela del nome sono dedicate soltanto poche righe nell'ultima pagina del commento. In un siffatto panorama fa eccezione la pregevole monografia di L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 67 ss.

² *Atti della Commissione per la Costituzione – Prima Sottocommissione – Discussioni*, Seduta di Sabato 21 Settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, VI, *Commissione per la Costituzione. Adunanza Plenaria, I Sottocommissione*, Roma, 1971, 393.

gioni politiche o di altra natura, del proprio nome. La storia, tuttavia, è tristemente ricca di esempi di alterazione coattiva, o a dirittura di privazione, di uno dei segni maggiormente connotativi dell'identità personale, come è il nome. Esempi, questi, che, oltre a sollecitare un dovere di ricordo, implicano un chiaro monito per l'avvenire, affinché mai più essi abbiano a ripetersi.

È utile, allora, prendere le mosse proprio dal disposto dell'art. 22, per indagarne le radici e i presupposti storici. Donde ha origine la preoccupazione del Costituente italiano, la quale non ha molti riscontri nei documenti costituzionali europei?³ I testi più recenti contengono poche indicazioni in proposito. Se si legge, ad esempio, l'ultimo (in ordine cronologico) commento all'art. 22 della Costituzione italiana⁴, si rinviene un unico riferimento storico, concernente la restituzione in forma italiana dei cognomi di origine italiana o latina successivamente tradotti in altre lingue o "deformati" con grafie straniere, disposta prima dal r.d.l. 10 gennaio 1926, n. 17 per gli abitanti della provincia di Trento, poi estesa "a tutti i territori annessi al Regno" dal r.d. 7 aprile 1927, n. 794⁵. Quella dell'italianizzazione dei cognomi è una vicenda importante e ampiamente studiata⁶. Tuttavia essa non rappresenta l'unico caso di mortificazione dei diritti individuali, e segnatamente di quelli all'identità personale, verificatosi nel nostro paese nel primo scorcio del ventesimo secolo. Altrettanto conosciuta, e di certo non meno drammatica, è l'esperienza vissuta dalla popolazione ebraica sotto il fascismo. La degradazione del nome da segno distintivo della persona a marchio indelebile di infamia e persecuzione, operata nel contesto delle leggi razziali, costituì una delle molteplici forme di violazione della dignità umana perpetrate dallo Stato italiano. Come chiaramente si evince dagli Atti della Costituente, il trattamento riservato ai cognomi ebraici da parte del fascismo fu uno dei fattori che più direttamente contribuirono all'approvazione dell'art. 22 e all'introduzione dell'espressa garanzia del diritto al nome⁷.

³ M. Cuniberti, *sub art. 22*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *La Costituzione Italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, Torino, 2007, 474 ss., 482; W. Pintens – M.R. Will, *Names*, in *Int. Enc. Comp. L.*, IV, *Persons and family*, Ch. 2, *Persons*, Tübingen, 1995, 50.

⁴ M. Cuniberti, *sub art. 22*, cit., 475; v. analogamente R. D'Alessio, *sub art. 22*, in V. Crisafulli – L. Paladin, a cura di, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 166-167.

⁵ Cfr. U. De Siervo, *sub art. 22*, cit., 12.

⁶ A questo tema, che incrocia l'ampia tematica del nazionalismo linguistico del fascismo, è stato dedicato di recente il volume di M.E. Hametz, *In the Name of Italy. Nation, Family, and Patriotism in a Fascist Court*, New York, 2012. Ma v. già A. Pizzorusso, *Le minoranze nel diritto pubblico interno. Con un'appendice sulla condizione giuridica della minoranza tirolese nell'ordinamento italiano*, Milano, 1967, 436; Id., *Il pluralismo linguistico in Italia fra Stato nazionale e autonomie regionali*, Pisa, 1975, 190.

⁷ Nella seduta della Prima Sottocommissione del 21 Settembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, VI, *Commissione per la Costituzione. Adunanza Plenaria, I Sottocommissione*, cit., 393, ove si discuteva dell'originario art. 2 *bis*, proposto dai relatori Lelio Basso e Giorgio La Pira, il Presidente Tupini rispose alla richiesta di chiarimento dell'on. Mastrojanni – il quale

In questo scritto vorrei soffermarmi sui provvedimenti concernenti il patronimico degli ebrei, adottati tra il 1939 e il 1942, e organicamente inseriti nel *corpus* delle leggi razziali⁸. Si tratta di una disciplina poco frequentata e ancor più raramente approfondita dal giurista, eppure meritevole di approfondimento e riflessione critica sia per la sua valenza storica, sia per gli insegnamenti che se ne traggono rispetto al presente. Basta aprire le prime pagine dei giornali o scorrere i contenuti di alcuni *blog* d'informazione per registrare la continua riemersione di pulsioni razziste e antisemite, le quali sfruttano la capacità suggestiva dei cognomi per attirare l'attenzione sul 'diverso', da individuare ed emarginare⁹. È particolarmente allarmante, da questo punto di vista, la proliferazione nella rete Internet di siti neonazisti, che pubblicizzano e propagano vere e proprie liste di proscrizione, tra le quali campeggiano quelle degli "ebrei influenti" italiani¹⁰ o francesi¹¹, non di rado composte assumendo quale parametro di riferimento la particolare 'significatività' del cognome portato¹². Né va trascurata la circostanza che, al livello dell'opinione diffusa, continua a serpeggiare una malcelata, e difficile da estirpare, convinzione circa l'effetto 'marchiante' discendente dal possesso di cognomi "ebraici" o presunti tali. Basti al riguardo menzionare un parere emesso dal Consiglio di Stato il 27 marzo 1979, su un ricorso promosso da un tale sig. Ancona, il quale chiedeva di ottenere il cambiamento del proprio cognome in ragione di un "vecchio episodio, circa il sospetto di appartenenza alla razza ebraica, infondatamente desunto dal suo cognome"¹³. Alla

aveva osservato di non essere a conoscenza di casi nei quali si fosse privato un uomo del proprio nome – citando proprio l'esempio del cambiamento coattivo dei nomi disposto dal fascismo nei confronti degli ebrei. Del pari, nella relazione dell'on. Ruini, presentata alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947, si legge: "non si può tacere, dopo così dure prove ... né dopo aver assistito ad arbitri che, per ragioni politiche o razziali, spogliavano intiere schiere di cittadini del geloso patrimonio della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome, era possibile tralasciare un esplicito divieto (Ass. Cost., Relazione del Presidente della Commissione al progetto di Costituzione della Repubblica italiana, LXXIX, Rapporti civili, riportata anche in L. Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 69, nota 2).

⁸ Per cui v. P. Caretti, *Il 'corpus' delle leggi razziali*, in G. Speciale, a cura di, *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano. Razza Diritto Esperienze*, Bologna, 2013, 73 ss.; A. Mazzacane, *Il diritto fascista e la persecuzione degli ebrei*, ivi, 23 ss.; G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 270 ss.

⁹ Sul punto v. l'articolo di A. Sofri, *Blacklist. Cos'è l'infamia della proscrizione*, in *La Repubblica*, 12 febbraio 2008, 45.

¹⁰ V. ad es. <http://www.radioislam.org/islam/italiano/potere/lista-ebraice.htm>; su cui v. l'articolo di M. Pasqua, *Neonazisti, la lista della vergogna. "Ecco i nomi degli ebrei italiani"*, in *Repubblica*, 12 gennaio 2011, accessibile all'indirizzo <http://www.repubblica.it/cronaca/2011/01/12/news/ebrei-11117326/>.

¹¹ Nel blog francese di "Blide Eveil" si legge un articolo, datato 20 febbraio 2012 e intitolato *Ces juifs qui dominent la France*, ove è contenuta una dettagliata lista di alcuni supposti "ebrei influenti di Francia" (<http://blideodz.wordpress.com/2012/02/20/ces-juifs-qui-domine-la-france/>).

¹² In generale, sull'utilizzazione di Internet quale strumento per la propagazione di messaggi razzisti e antisemiti, v. E. Manera, *Internet tra revisionismo e negazionismo*, in *Contemporanea*, 2002, 409.

¹³ Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 1979, n. 846, in *Cons. stato*, 1981, I, 985.

luce di queste, ed altre esperienze, appare quanto mai importante ricostituire la memoria del passato, indagando sulle radici di tali atteggiamenti culturali e, in particolare, sul ruolo svolto dal diritto¹⁴. In che modo e con quali conseguenze – è opportuno domandarsi – il diritto ha contribuito alla trasformazione del patronimico da segno distintivo della personalità a indelebile marchio persecutorio?

2. Il diritto fascista e i segni distintivi della persona

Al legislatore italiano del 1942 va riconosciuto il merito di avere elaborato, tra i primi a livello europeo, una disciplina sufficientemente articolata ed organica dei diritti della personalità¹⁵. Essa, contenuta nel primo libro del codice, fu oggetto di molte discussioni sia in sede legislativa sia in sede dottrina. Su tale dibattito, il quale verteva anche sul problema dell'ammissibilità di una costruzione di stampo individualistico all'interno di un universo ideologico totalitario, quale quello del fascismo, si è già avuto modo di riflettere in altra sede¹⁶. Non è quindi necessario ritornare su tale esperienza, se non per segnalare che le disposizioni innovative ivi previste in materia di diritto al nome, allo pseudonimo, al ritratto, soffrivano di deroghe molto incisive riguardo agli appartenenti alla "razza ebraica". Il regime del nome è, a questo proposito, davvero emblematico.

Giova premettere, innanzitutto, che l'ordinamento giuridico fascista ha sempre mostrato grande interesse per la disciplina dei segni distintivi della persona, e in particolare per il cognome¹⁷. Il catalogo dei principali interventi normativi in materia antecedenti al codice civile è piuttosto ricco. Al suo interno dovrebbero annoverarsi almeno i seguenti testi:

a) i decreti n. 17 del 1926, n. 494 del 1927 e n. 1367 del 1928, sulla restituzione in forma italiana dei cognomi. Il primo di essi (poi esteso con i decreti successivi a tutti i territori annessi al Regno) stabiliva che "le famiglie della Provincia di Trento che portano un cognome originario italiano o latino tradotto in altre lingue o deformato con grafia straniera o con l'aggiunta di suffisso straniero riassumeranno il cognome originario nelle forme originarie; la restituzione in forma italiana sarà pronunciata con Decreto del Prefetto della Provincia, che sarà notificato agli interessati, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del Regno e annotato

¹⁴ Esemplare, sul piano metodologico, è il recente studio di G. Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, Napoli, 2013, *passim*.

¹⁵ In generale v. F.D. Busnelli, *Per una rilettura del «diritto delle persone» di cinquant'anni fa*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 91 ss., spec. 114 ss.

¹⁶ G. Resta, *I diritti della personalità*, in G. Alpa – G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2007, 475 ss.

¹⁷ Per un quadro introduttivo delle questioni allora più dibattute in materia di segni distintivi della persona v. D. Callegari, *I requisiti e il nome della persona nella futura legislazione civile*, in *Arch. giur.*, 1927, vol. 98, 75 ss.

nei registri dello stato civile". È da notarsi che era passibile di sanzione penale chiunque "dopo la restituzione avvenuta" avesse fatto uso del cognome nella forma straniera¹⁸;

- b) la legge 8 marzo 1928, n. 383 (*norme per determinare la imposizione dei nomi nelle denunce delle nascite*), nella quale, secondo Fulvio Maroi, si sarebbe potuto cogliere a pieno "lo spirito etico del Fascismo"¹⁹. Tale legge, modificando ed integrando l'art. 58 del r.d. 19 ottobre 1865²⁰, vietava, nell'art. 1 primo comma, l'adozione di nomi "ridicoli o vergognosi, o che rechino offesa all'ordine pubblico, al sentimento nazionale o religioso, o che siano denominazioni geografiche di luoghi"; ed al secondo comma proibiva di dare ai figli di ignoti "nomi e cognomi che possano farne sospettare l'origine, ovvero cognomi appartenenti a famiglie illustri o comunque note nel luogo dove l'atto di nascita è formato". L'art. 3 stabiliva, inoltre, la modificabilità d'ufficio degli atti di nascita redatti in difformità dai suddetti criteri, e, nel caso in cui questi fossero stati composti antecedentemente all'entrata in vigore della legge, qualora essi contenessero "nomi che rechino offesa all'ordine pubblico, o al sentimento nazionale o religioso"²¹;
- c) la legge 30 marzo 1936 n. 555, che rendeva più agevole e rapida la modifica di nomi e cognomi ridicoli o vergognosi, o che ricordino un'origine illegittima;
- d) gli articoli 71 e ss. del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238, recante il nuovo *ordinamento dello stato civile*.

Sotteso a tale compendio normativo, v'era non soltanto un intento di modernizzazione dell'ordinamento dello stato civile ed in particolare delle regole in materia di attribuzione di nomi e mutamento dei cognomi²², ma anche il ben noto progetto di disciplinamento 'linguistico' in senso autarchico e nazionalistico portato avanti dal fascismo, ben esemplificato dalla legislazione sull'italianizzazione dei cognomi²³.

¹⁸ A. Pizzorusso, *Le minoranze nel diritto pubblico interno. Con un'appendice sulla condizione giuridica della minoranza tirolese nell'ordinamento italiano*, cit., 436.

¹⁹ F. Maroi, *Diritto civile e fascismo*, in *Arch. giur.*, vol. 113, 1935, 14 ss., 24.

²⁰ L'art. 58 del r.d. 19 ottobre 1865, in *Gazz. Uff. Regno It.*, 17 novembre 1865, n. 295, stabiliva che: "Nelle dichiarazioni di nascita di bambini, di cui sono ignoti i genitori, l'ufficiale di stato civile impone ai medesimi un nome ed un cognome, evitando che siano ridicoli o tali da lasciar sospettare l'origine. Deve del pari astenersi dal dar loro cognomi appartenenti a famiglie conosciute, e dall'imporre cognomi come nomi, o nomi di città come cognomi". Tale norma era considerata applicabile in via analogica anche alle dichiarazioni di nascita legittime, rispetto alle quali sussisteva una lacuna legislativa (cfr. G. Piola, *Degli atti dello Stato Civile*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Fiore, Napoli, 1900, 317-318).

²¹ In tema cfr. C. Gangi, *Persone fisiche e persone giuridiche*, II ed., Milano, 1948, 134.

²² Per un'analisi dei vari aspetti toccati dalla normativa citata v. F. Degni, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, II, 1, Torino, 1939, 167-172.

²³ Sulla politica linguistica del fascismo v., anche per ulteriori riferimenti, A. Raffaelli, voce *Fascismo, lingua del*, in R. Simone, a cura di, *Enciclopedia dell'italiano*, I, Roma, 2011, 459 ss.; R. Giacomelli, *La lingua negli anni Trenta e la restituzione del 'cognome atesino' nell'Alto Adige-Sudtirolo*, in *ACME – Annali della Facoltà di*

Diversi, invece, sono gli obiettivi perseguiti dalla normativa sui cognomi ebraici, la quale si compone di tre interventi principali ed è informata ad una logica eminentemente razzista e antisemita.

3. La legislazione razziale e la nuova disciplina dei nomi ebraici

Il primo intervento che merita di essere ricordato è costituito dalla legge 13 luglio 1939, n. 1055, *Disposizioni in materia testamentaria, nonché sulla disciplina dei cognomi nei confronti degli appartenenti alla razza ebraica*. Tale normativa si rivolge tanto agli italiani non appartenenti alla razza ebraica, o che non siano considerati di razza ebraica, quanto agli ebrei non discriminati²⁴. Nel primo caso la disciplina è costruita in funzione *permissiva* (e segnatamente a tutela di ciò che Fulvio Maroi definiva l'“onore del nome”)²⁵; nel secondo in funzione *limitativa*. Relativamente agli ebrei non discriminati, l'art. 2 stabilisce che i “cittadini appartenenti alla razza ebraica non discriminati ai termini dell'art. 14 del r.d.l. 17 novembre 1938, n. 1728, convertito nella legge 5 gennaio 1939, n. 274, che avessero mutato il proprio cognome in altro che non riveli l'origine ebraica, debbono riprendere l'originario cognome ebraico. Tali cambiamenti possono essere disposti anche d'ufficio”. Quanto ai cittadini italiani nati da matrimonio misto e non considerati di razza ebraica, ai sensi dell'art. 8, ult. comma del r.d.l. 1728/1938, l'art. 3 prevedeva la possibilità di “sostituire, al loro cognome, quello originario della madre”. Per contro, per i cittadini italiani non appartenenti alla razza ebraica, aventi cognomi “notoriamente diffusi tra gli appartenenti a detta razza”, l'art. 4 ammetteva il cambiamento del loro cognome (con esenzione dalla tassa di concessione governativa)²⁶. È significativo notare che l'adozione di tali provvedimenti era rimessa al Ministero dell'interno, il quale decideva di concerto con il Ministero di grazia e giustizia, senza sottostare alla procedura stabilita dal r.d. del 1865 sull'ordinamento dello stato civile.

Lettere e Filosofia dell'Università degli Studi di Milano, vol. LIX, 2006, 189 ss.; A. Somma, *La politica linguistica del legislatore nelle esperienze italiana e francese*, in *Pol. dir.*, 1997, 27, 30 ss.

²⁴ Come ricorda R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino, 1962, 400, “per il Gran Consiglio erano di ‘razza ebraica’ i nati da genitori entrambi ebrei, i nati da padre ebreo e da madre non italiana, i ‘misti’ professanti la religione israelitica alla data del 1 ottobre 1938. Il D.L. 17 novembre 1938 (art. 8) specificava ulteriormente che era ‘di razza ebraica’ ‘colui che è nato da genitori di cui uno di razza ebraica e l'altro di nazionalità straniera’; aggiungeva tra i casi *positivi* quello dei figli di madre ebrea e di padre ignoto; nonché, per i ‘misti’ considerava ebrei anche coloro che fossero iscritti ad una Comunità e coloro che avessero fatto ‘in qualsiasi altro modo, manifestazioni di ebraismo’.

²⁵ Cfr. F. Maroi, *Diritto civile e fascismo*, cit., 24-25.

²⁶ Un significativo riferimento a tali disposizioni si ritrova in F. Ferrara, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti. Prolusione al corso di diritto civile nella Università di Napoli*, in *Arch. studi corporativi*, 1940, fasc. 1, ed ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, 107 ss., 110-111, all'interno di un discorso sui compiti dello Stato fascista ed in particolare delle disposizioni volte a “curare la purezza della razza”.

Tale disciplina perseguiva un duplice obiettivo, chiaramente colto dalla dottrina dell'epoca: da un lato "rendere gli ebrei facilmente riconoscibili da cognome"²⁷; dall'altro, "cancellare ogni traccia di ebraismo nei riguardi di coloro che, pur essendo di origine ebraica, sono considerati, a norma di legge, ariani e di coloro che, pure essendo ariani, portano cognomi notoriamente diffusi tra gli appartenenti alla razza ebraica"²⁸.

Le ricerche di Michele Sarfatti²⁹ e di Saverio Gentile³⁰ hanno messo in luce come, nella versione originaria, il progetto di legge prevedesse l'obbligo per gli ebrei di aggiungere al proprio cognome quello di "Monti" o "Montini", "Bianchi" o "Bianchini", allo scopo di rendere costoro immediatamente identificabili. Tale obbligo fu, tuttavia, eliminato nella versione rivista dallo stesso Mussolini e presentato alla Camera il 10 giugno, con relazione del Duce quale Ministro proponente³¹. La disciplina rimaneva, però, lacunosa, in quanto non era chiaro dal testo se, nell'ipotesi di mutamento del cognome, dovesse farsi luogo al disposto dell'art. 158, ult. comma, del r.d.l. 1238/1939 (che, in caso di cambiamento, vietava di attribuire "cognomi di importanza storica od appartenenti a famiglie illustri o comunque note, né cognomi che sono denominazioni di località, né casati iscritti nell'elenco ufficiale della nobiltà italiani, predicati, appellativi o cognomi preceduti da particelle nobiliari").

Alla risoluzione di un siffatto dubbio ermeneutico contribuì il secondo intervento in materia, ossia la legge 28 settembre 1940, n. 1459, *Integrazioni alla legge 13 luglio 1939-XVII, n. 1055, contenente disposizioni in materia testamentaria, nonché sulla disciplina dei cognomi, nei confronti degli appartenenti alla razza ebraica*. Il suo articolo unico confermò l'applicabilità dell'art. 158, nonostante i dubbi espressi in un memoriale redatto dall'illustre giurista, allora senatore, Mariano D'Amelio, e fatto giungere poco prima dell'inizio della seduta della Commissione degli interni e giustizia del Senato al relatore del provvedimento, Celesia³². In tale memoriale, D'Amelio manifestò la propria contrarietà nei confronti di una disciplina, che proibiva al figlio di padre ebreo e di madre ariana di assumere il cognome materno, se questo fosse di illustre casato, o comunque ricompreso tra quelli contemplati dall'art. 158³³. Sciolta ogni perplessità per effetto dell'intervento del Sottosegretario Buffari-

²⁷ O. Ranalletti, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1944, 102; F.S. Azzariti – G. Martinez – G. Azzariti, *Diritto civile italiano secondo il nuovo codice*, I, Napoli, 1940, 213.

²⁸ F.S. Azzariti – G. Martinez – G. Azzariti, *Diritto civile italiano secondo il nuovo codice*, cit., 213.

²⁹ M. Sarfatti, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, Milano, 2007, 183-184.

³⁰ S. Gentile, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, 2013, 198-201.

³¹ S. Gentile, *La legalità del male*, cit., 199-200.

³² S. Gentile, *La legalità del male*, cit., 201.

³³ S. Gentile, *La legalità del male*, cit., 202. Può essere utile a questo proposito richiamare anche lo scritto di M. D'Amelio, *Sul diritto delle persone e sul diritto di famiglia nel progetto di codice civile*, in *Riv. dir. priv.*, 1938, 1 ss.

ni Guidi, l'articolo unico della legge 1459/1940 sostituì l'art. 3 della legge 1055/1939 con il seguente testo: “[i] cittadini italiani, nati da padre ebreo e da madre non appartenente alla razza ebraica, che a’ termini dell’art. 8, ultimo comma, del R. decreto-legge 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, convertito nella legge 5 gennaio 1939-XVII, n. 274, non sono considerati di razza ebraica, possono ottenere di sostituire, al loro cognome, quello originario della madre, salvo quanto è disposto dall’art. 158, ultimo comma, del R. decreto 9 luglio 1939-XVII, n. 1238, sull’ordinamento dello stato civile. Nel caso che il cognome originario della madre rientri tra le ipotesi indicate nel citato art. 158, ultimo comma, del Regio decreto 9 luglio 1939-XVII, n. 1238, gli interessati possono ottenere di cambiare il proprio cognome con altro non compreso tra dette ipotesi”. L’art. 4 fu invece così modificato: “[i] cittadini italiani non appartenenti alla razza ebraica, che abbiano cognomi notoriamente diffusi tra gli appartenenti a detta razza, possono ottenere il cambiamento del loro cognome con altro, osservato il disposto dell’art. 158, ultimo comma, del R. decreto 9 luglio 1939-XVII, n. 1238, sull’ordinamento dello stato civile”.

Infine, il 9 ottobre 1942 fu approvata la legge n. 1420, *Limitazioni di capacità degli appartenenti alla razza ebraica residenti in Libia*³⁴. Mentre l’art. 2 definiva “ebrei” i “cittadini italiani, tanto metropolitani che libici, di razza ebraica”, l’art. 8 interveniva a disciplinarne in maniera puntuale il cognome. Tale disposizione stabiliva l’applicabilità anche per i residenti in Libia della legge 1055/1939 e modificava alcuni aspetti tecnici della procedura di cambiamento del cognome (il provvedimento era adottato dal Governatore generale, con decreto pubblicato nel Bollettino ufficiale del Governo della Libia). Non si trattava, però, di una norma meramente riproduttiva di quanto già previsto nelle leggi anteriori³⁵. Difatti, nel quarto comma dell’art. 8, si introdusse una disposizione derogatoria del regime fissato nell’ordinamento dello stato civile. Fu, cioè, introdotto il divieto per i cittadini libici di razza ebraica di attribuire ai loro figli nomi non ebraici; si proibiva altresì a costoro di “tradurre o sostituire i loro nomi ebraici con nomi di apparenza cristiana o musulmana” e si imponeva l’obbligo, per “coloro che avessero già avuto nomi non ebraici”, di riassumere entro tre mesi dalla pubblicazione della legge, “l’originario nome ebraico”. Infine, con una clausola di chiusura molto importante, si precisava che per “nomi ebraici” avrebbero dovuto intendersi “i nomi usati esclusivamente dagli ebrei, anche se tratti da lingua diversa dall’ebraica”.

³⁴ Il testo può leggersi in N. Magrone, *Codice breve del razzismo fascista. Stato totalitario e democrazia costituzionale. La ‘questione razziale’*, Modugno, 2003, 275.

³⁵ In generale, sui rapporti intercorrenti tra la legislazione antiebraica interna e la legislazione razziale coloniale v. S. Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Bologna, 2011, 229 ss.

4. Le premesse ideologiche della riforma

Se non si trattasse di una vicenda molto seria, verrebbe da fare della facile ironia circa la mediocre fattura tecnica dell'ultima disposizione citata, e in particolare circa la vaghezza della formula “*nomi usati esclusivamente dagli ebrei*”. È opportuno, comunque, porre l'accento su tale previsione, poiché riflette molto chiaramente i presupposti ideologici, sui quali si fonda l'intera disciplina onomastica fascista.

Tre sono le premesse principali dalle quali prende le mosse il *corpus* normativo appena descritto. La prima è quella della “identificabilità” dei nomi (e in particolare dei cognomi) ebraici. La seconda è che questi siano segni “parlanti”, nel senso che, una volta identificato un patronimico che si ritenga di ascrivere alla categoria dei “nomi ebraici”, sia possibile inferirne che l'individuo che lo porta o lo abbia portato nel passato sia un ebreo. La terza è costituita dal mito dell’“ebreo nascosto” e, dunque, dall'esigenza di riportare alla luce attraverso una politica di purezza onomastica le ascendenze razziali celate dietro nomi ingannevoli.

4.1. L'identificabilità dei cognomi ebraici

L'idea che sia possibile identificare un complesso di nomi e cognomi indiscutibilmente “ebraici” – in quanto tradizionalmente portati dagli ebrei – è piuttosto risaltante e non è propria, come si vedrà, soltanto dell'immaginario antisemita italiano. Ad esempio, la dotta ricerca pubblicata da Leopold Zunz nel 1837 con il titolo “*Namen der Juden. Eine geschichtliche Untersuchung*”, fu dettata proprio dall'esigenza di contrapporre alle false credenze della cultura discriminatoria, diffusa in larghi settori della società europea, una disamina scientifica della *mixité* storica del sistema onomastico ebraico, definitosi in via di continui scambi e assimilazioni con le culture aramaiche, siriane, persiane, greche, romane e europee in generale³⁶. Tuttavia, la forza semplificatrice dell'ignoranza ha spesso avuto la meglio sulla pensosità delle indagini scientifiche, facendo velo sull'ovvia constatazione per cui i nomi ebraici sono fortemente segnati dalle società e dai contesti nei quali tali soggetti hanno vissuto. Nel caso dell'Italia, l'illusione di poter procedere ad una sorta di “mappatura organica” dei cognomi ebraici e delle modalità della loro formazione fu rafforzata, per ironia della sorte, proprio dall'opera di un ebreo, Samuele Schaerf, che pubblicò nel 1925, per i tipi della casa editrice Israel, un volumetto intitolato *I cognomi degli ebrei d'Italia*³⁷. Esso consisteva in un repertorio dei cognomi portati dagli ebrei d'Italia, al quale faceva seguito un'appendice dedicata alle “famiglie nobili ebrei d'Italia”, chiaramente finalizzata a esaltare i fasti e ad omaggiare la componente ebraica della parte più illu-

³⁶ Cfr. *infra*, par. 7.

³⁷ S. Schaerf, *I cognomi degli ebrei d'Italia. Con un'appendice su le famiglie nobili ebrei d'Italia*, Firenze, 1925.

stre della classe dirigente italiana. Il volume ebbe vasta circolazione, soprattutto a partire dagli anni Trenta, quando l'elenco ivi contenuto fu preso a modello dagli alfieri dell'antisemitismo italiano, intenti a compilare e diffondere infami "liste di proscrizione". Tra gli autori che si trovarono in prima linea in questa ignobile operazione devono essere ricordati Giovanni Preziosi, che ripubblicò l'elenco di Schaerf nella rivista "La vita italiana"³⁸ e poi in appendice al libello (da lui curato in traduzione italiana) *I 'protocolli' dei 'savi anziani' di Sion*³⁹, e Carlo Barduzzi, che inserì l'elenco nella sua *Bibliografia ebraica e giudaica in lingua italiana, con aggiunte dei cognomi portati da giudei residenti nel Regno e nel Dodecanneso*⁴⁰. Come ha ricordato da ultimo Michele Luzzati, l'identificazione di un cognome come "ebraico", in ossequio al modello tracciato da Schaerf, fu dunque utilizzata in funzione discriminatoria e persecutoria, traducendosi appunto in una vera e propria lista di proscrizione⁴¹.

4.2. *Il nome 'parlante'*

In questo processo di eterogenesi dei fini giocò evidentemente un ruolo non marginale la seconda premessa indicata, ovvero che sia possibile far discendere dalla presenza di un cognome ebraico la conseguenza che chiunque lo porti, o lo abbia portato in passato, sia un ebreo. Ora, sarebbe molto semplice ribattere, con le parole di Michele Luzzati, che uno stesso cognome, quale "Rossi", è stato portato sia da ebrei sia da non ebrei, e che il titolare di un cognome considerato "non ebraico" può essere di religione ebraica, e quindi ebreo, o viceversa⁴². E quindi concludere che: "i portatori di un cognome che si ritiene di poter ricomprendere nel 'bacino' dei cognomi tradizionalmente considerati ebraici – come 'Piazza' – possono essere degli ebrei che seguono la religione ebraica, degli ebrei, tali per tradizione familiare, che non la seguono, ma che si considerano ebrei, dei cristiani (o seguaci di altra fede) appartenenti a famiglia che è sempre stata cristiana (o seguace di altra fede), dei cristiani (o seguaci di altra fede) appartenenti a famiglia con origini ebraiche o, infine ciò che preferiscono, al di fuori di qualsiasi tradizione culturale e/o religiosa"⁴³. E tuttavia non si potrebbe con ciò cancellare il dato inoppugnabile per cui, nella fase storica qui considerata, l'idea che i cognomi ebraici fossero "parlanti" costituiva una convinzione

³⁸ Cfr. *La vita italiana*, 15 aprile 1930.

³⁹ Cfr. *Gli ebrei in Italia (elenco per cognomi di 9800 famiglie di Ebrei)*, in G. Preziosi, a cura di, *I Protocolli dei Savi Anziani di Sion*, V ed., Roma, 1938, 245.

⁴⁰ C. Barduzzi, *Bibliografia ebraica e giudaica in lingua italiana, con aggiunte dei cognomi portati da giudei residenti nel Regno e nel Dodecanneso*, Roma, 1939.

⁴¹ M. Luzzati, *Per la storia dei cognomi ebraici di formazione italiana*, in A. Addobbati – R. Bizzocchi – G. Salinero, a cura di, *L'Italia dei cognomi. L'antroponimia italiana nel quadro mediterraneo*, a cura di, Pisa, 2012, 497 ss., 499.

⁴² M. Luzzati, *Per la storia dei cognomi ebraici di formazione italiana*, cit., 497.

⁴³ M. Luzzati, *Per la storia dei cognomi ebraici di formazione italiana*, cit., 498.

molto diffusa in vari strati della popolazione e in grado di condizionare i comportamenti sociali. Si trattava di un convinzione talmente radicata che, come si vedrà, l'uso del cognome in funzione assertiva dell'identità e dell'appartenenza razziale costituì un fenomeno *cronologicamente antecedente* (nazionalsocialismo), o addirittura *sostitutivo* (fascismo) rispetto all'imposizione della famigerata stella gialla.

4.3. *Il mito dell'ebreo nascosto*

Infine, la terza premessa era rappresentata dal mito per cui gli ebrei avessero posto in essere, nel passato, accorte strategie di mascheramento dell'identità, assumendo nomi comuni 'ariani' o domandando il mutamento dei cognomi 'parlanti', con il chiaro obiettivo di mischiarsi alla popolazione ospitante e confondersi con essa, cancellando le tracce della propria ascendenza. Il Commissario generale francese alle questioni ebraiche sotto la Repubblica di Vichy, Louis Darquier de Pellepoix, aveva parlato a tal proposito di strategie di "*camouflage*", da contrastare ed annientare⁴⁴; come lui molti altri solerti funzionari dei governi dell'Asse. Da ciò conseguì l'adozione di un programma di politica del diritto strutturato in tre punti, largamente condivisi nell'esperienza dell'antisemitismo di stato fascista e nazista: *a*) subordinare a precise condizioni, rendendolo stabile e trasparente, il sistema di assegnazione dei prenomi ai figli di genitori ebrei e ostacolare le nuove richieste di mutamento dei cognomi; *b*) annullare retroattivamente i provvedimenti di cambiamento del cognome già adottati in passato (di fatto erano interessati a tale indirizzo soprattutto gli ebrei di Fiume e di Trieste, i quali avevano italianizzato i propri cognomi)⁴⁵; *c*) agevolare le procedure amministrative per il cambiamento dei cognomi 'in odore di ebraismo' portati da cittadini non ebrei.

5. La creazione di un 'ghetto onomastico'

Come è evidente, l'obiettivo era quello di dar vita ad un "ghetto onomastico" non meno violento e inumano di quello costituito da calce e mattoni e circondato da filo spinato. Infatti, una volta fissate queste premesse ideologiche, poi riflesse sul piano delle norme formali, furono realizzate le condizioni perché il nome si trasformasse immediatamente in un marchio persecutorio e in un sensore idoneo, se non a dimostrare, quanto a meno a far sorgere il sospetto circa la discendenza ebraica del suo portatore. Un segno di certo meno preciso e degradante del distintivo apposto sul vestiario (che, com'è noto, non fu imposto dal fascismo neanche durante la Repubblica sociale)⁴⁶, ma

⁴⁴ M. Mayer, *Staaten als Täter. Ministerialbürokratie und "Judenpolitik" in NS-Deutschland und Vichy-Frankreich: ein Vergleich*, München, 2010, 134.

⁴⁵ M. Sarfatti, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, cit., 184.

⁴⁶ M. Sarfatti, *Gli ebrei nell'Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, cit., 184; D. Carusi, *Le leggi antiebraiche nell'Italia fascista*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2002, 515 ss., 520.

non meno pericoloso, poiché in grado di attrarre l'attenzione degli interlocutori sulla possibile presenza del 'diverso'. Un segno, dunque, che portava con sé uno *status*⁴⁷.

È interessante notare, a questo proposito, che, mentre ai fini dell'accertamento giurisdizionale dell'identità razziale il cognome portato da un determinato individuo non ha mai costituito una prova irrefutabile⁴⁸, sul piano dell'azione amministrativa e delle prassi sociali esso ha comunque giocato un ruolo molto rilevante⁴⁹. Basterà limitarsi a ricordare alcuni casi emblematici. Le ricerche compiute da Giorgio Fabre hanno illustrato il notevole ruolo avuto dai repertori dei cognomi ai fini della messa al bando delle opere a stampa e degli articoli di autori ritenuti "appartenenti alla razza ebraica"⁵⁰. In particolare, il cognome portato ebbe un ruolo rilevante ai fini dell'implementazione delle circolari del Ministro Bottai, indirizzate ai provveditori agli studi, volte a interdire il conferimento degli incarichi d'insegnamento a docenti ebrei o l'adozione nelle scuole di libri di testo di "autori di razza ebraica"⁵¹. In tali circolari non si precisava con chiarezza chi avrebbe dovuto essere considerato "ebreo" e quindi quali fossero, ad esempio, i libri di testo da sostituire. La lista degli autori da bandire era di fatto aperta e si prevedeva soltanto che "*qualora per indizi desunti dal nome o da altri elementi, vi sia ragione di sospettare l'ebraicità di autori di libri scolastici non inclusi nell'elenco*", i capi d'istituto avrebbero dovuto accertare in maniera meticolosa lo "stato razziale"⁵². Di qui una corsa alla ricerca dell'"ebreo nascosto", nella quale i capi d'istituto più diligenti ebbero l'occa-

⁴⁷ Il riferimento è d'obbligo a G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1996, 130 ss.

⁴⁸ Particolarmente interessante a questo proposito è l'esperienza francese sotto la Repubblica di Vichy: una decisione della Cour d'Appel d'Aix en Provence del 12 maggio 1942, in *D.*, 1942, jur., 131, la quale nega che il cognome portato possa costituire una presunzione di "appartenenza alla razza ebraica", in quanto "la loi n'attache [...] à la forme ou à l'étymologie de celui-ci [...] aucune présomption de sémitisme"; ma il Conseil d'État, 7 aprile 1943, *Willig*, rigetta la presunzione opposta che si voleva trarre dal cognome non ebraico (cfr. P. Fabre, *L'identità legale dei Juifs sous Vichy. La contribution des juges*, in *Labyrinthe*, n. 7, 2000, 1 ss., 6-8).

⁴⁹ In merito a quanto osservato nel testo è utile riprodurre per esteso un passo di F. Messineo, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1944, p. 34, già richiamato da D. Carusi, *Le leggi antiebraiche nell'Italia fascista*, cit., 519, nota 7: "si noti che, giusta il criterio testé esposto, l'appartenenza alla razza ebraica si stabilisce in base alla razza di entrambi o di uno dei genitori. Ma poiché questo implica necessariamente la preventiva determinazione della razza dei genitori (o del genitore), e anche per costoro bisogna risalire alla qualità dei rispettivi genitori (o di un genitore), e così all'infinito – il criterio effettivo sarà dato in definitiva, o dal culto professato o dal portare determinati cognomi (i quali sono considerati come notoriamente indicativi di appartenenza alla razza ebraica), o dall'essere iscritto ad una comunità israelitica, o da altro modo di professare l'ebraismo. Ma, è evidente che siffatto criterio non offre sempre un sufficiente grado di certezza (caso di non iscrizione a comunità israelitica; caso di cognomi che sono portati anche da ariani; caso dei convertiti al cristianesimo)".

⁵⁰ G. Fabre, *L'elenco. Censura fascista, editoria e autori ebrei*, Torino, 1998, spec. 120 ss.

⁵¹ Cfr. Ministero Educazione Nazionale, Circ. 9 agosto 1938, n. 12336; Circ. 12 agosto 1938, n. 12380; Circ. 24 agosto 1938, n. 12608.

⁵² A. Cristaldi, *La legislazione scolastica razziale e l'antisemitismo amministrativo del Ministero dell'educazione nazionale*, in *Le carte e la storia*, 2001, 191.

sione di dimostrare tutta la loro solerzia e il loro impegno nell'assecondare le direttive del regime, con esiti talora paradossali⁵³. Si pensi, ancora, alla circolare della Demorazza del 20 giugno 1941, avente ad oggetto l'"eliminazione dei nominativi ebraici dagli elenchi telefonici"⁵⁴, la cui applicazione è stata di recente indagata da Michael A. Livingston, attingendo ai documenti custoditi negli archivi ferraresi⁵⁵. Inoltre, se si scorre la stampa dell'epoca, non si tarderà a constatare quanto comune e diffuso fosse il riferimento al nome quale segno di stigmatizzazione. Ad esempio, il "Corriere della Sera" pubblicò il 23 settembre 1938 un'indagine sulla presenza di industriali ebrei nei vari settori produttivi, osservando che nel campo delle macchine da scrivere "[i] commercianti di tali ordigni sono, nella nostra provincia, una sessantina. La decima parte di essi, tutti residenti a Milano, sono giudei o portano nomi giudei. Ma questo decimo raccoglie quasi tutti gli affari"⁵⁶.

Tuttavia il cognome, contrariamente alle convinzioni di molti antisemiti, rimaneva un segno di identificazione altamente impreciso. Non di rado il suo uso dava luogo a imbarazzanti confusioni. Spigolando tra gli archivi, si trovano copie di lettere di rimostranze e richieste di rettifica inviate da numerosi cittadini, tra i quali anche noti giuristi, presentati pubblicamente come ebrei in ragione del patronimico da essi portato. Ad esempio, nell'agosto del 1939, Francesco Ferrara⁵⁷ inviò una lettera a "La difesa della razza" per precisare che "in quest'ottimo periodico" il suo cognome era stato associato a quello di famiglie israelite; una notizia, proseguiva Ferrara, "destituita d'ogni fondamento" e per lui ragione di sorpresa e disappunto⁵⁸. Altrettanto piccate le rimostranze di Paolo Greco⁵⁹ consegnate ad una missiva del 6

⁵³ Per alcuni esempi, tratti dagli archivi di alcuni licei sardi, v. M. Garroni, *Fascismo, scuola e società in Sardegna: l'istruzione classica, scientifica e magistrale*, tesi di dottorato, Università di Tor Vergata, 2010, 178 ss., accessibile all'indirizzo <http://art.torvergata.it/bitstream/2108/1380/9/capitolo%206.pdf>.

⁵⁴ Min. interno, Direz. Gen. Demografia e Razza, Circ. 20 giugno 1941, Prot. n. 2251/30. La circolare può leggersi in N. Magrone, *Codice breve del razzismo fascista. Stato totalitario e democrazia costituzionale. La 'questione razziale'*, cit., 272.

⁵⁵ M.A. Livingston, *The Fascists and the Jews of Italy. Mussolini's Race Laws, 1938-1943*, Cambridge, 2014, Capitolo V.

⁵⁶ *Dove i giudei hanno quasi un monopolio*, in *Corriere della Sera*, 23 settembre 1938, cors. agg. (il testo dell'articolo è riportato anche in A. Minerbi, *Il veleno delle parole. La propaganda antisemita del fascismo nel 1938. Libri e periodici milanesi conservati presso la Fondazione Centro Documentazione Ebraica Contemporanea*, Milano, 2002, accessibile all'indirizzo http://www.cdec.it/home2_2.asp?idtesto=185&idtesto1=887&son=1&figlio=878&level=2).

⁵⁷ Per alcune essenziali informazioni sulla vita e l'opera di Francesco Ferrara sr. v. G. Chiodi, voce *Ferrara, Francesco sr.*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, Bologna, 2013, 839.

⁵⁸ Vedila riportata in E. De Cristofaro, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, 2008, 272, nota 148.

⁵⁹ Sulla figura e l'opera di Paolo Greco, v. G. Cottino, voce *Greco, Paolo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., 1062.

settembre 1938, recapitata alla direzione de “Il Tevere”⁶⁰. Quando non ci si poteva contentare delle lettere di rettifica, per via della presenza ingombrante nella propria famiglia di componenti di origine ebraica, si ricorreva a metodi più radicali: secondo i dati raccolti da Michele Sarfatti (i quali non coincidono perfettamente con quelli illustrati da Renzo de Felice), i cambiamenti di cognome dei misti ariani furono almeno 351 sino alla primavera del 1942⁶¹.

Si può quindi osservare, conclusivamente, che il nome ebraico assunse, nell’universo giuridico fascista, un ruolo di primario rilievo quale strumento di identificazione del diverso e di stigmatizzazione sociale. Questo, però, non è né il primo, né l’unico esempio di regolamentazione del patronimico ebraico in funzione discriminatoria. Per meglio inquadrare il significato della vicenda italiana, può essere utile riassumere in maniera schematica le principali tappe della disciplina dei nomi ebraici nell’esperienza comparata ed europea.

6. La disciplina dei nomi ebraici nell’esperienza francese

Il provvedimento più noto, e forse il più importante sul piano dell’evoluzione storica, in materia di nomi e cognomi ebraici, è costituito dal decreto napoleonico del 20 luglio 1808⁶². Esso si muove fundamentalmente in due direzioni. In primo

⁶⁰ La lettera è conservata negli Archivi dell’Università Bocconi e riprodotta in M. Cattini – E. Decleva et al. *Storia di una Libera Università*, II, Milano, 1997, p. 5, nota 11, accessibile all’indirizzo http://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/cfe0d1004b6f9c7a97b9b76566de0c2e/Storia_Bocconi.pdf?MOD=AJPERES&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0. Questo il testo: “Nel numero 264 (5-6 settembre 1938 XVI) di codesto giornale viene riportato il mio nome e cognome in un elenco di professori di ruolo delle università italiane, qualificati dal giornale stesso come ebrei. Tale qualificazione, per quel che mi concerne, è radicalmente falsa, come lo è per altri colleghi, pure di origine ariana, il cui nome trovasi egualmente inserito nel detto elenco; per taluni dei quali oltre che falsa è anche faceta, dati i loro notori sentimenti antisemiti. È strano che un giornale italiano preferisca attingere le proprie informazioni a fonti di origine ebraica (come dichiarato nell’articolo di fondo dello stesso numero), anziché ai dati ufficiali e agli accertamenti in corso da parte delle pubbliche autorità italiane. Ad attendere i quali le informazioni di codesto giornale non avrebbero nulla perduto e viceversa molto guadagnato in serietà ed esattezza. Più strano ancora è che un giornale italiano e fascista lanci a cuor leggero notizie di fonte ebraica, suscettibili, di colpire cittadini in quanto essi hanno di più prezioso e di più geloso: la loro origine. Ed è infine incomprendibile come codesto giornale, volendo occuparsi del problema dei cognomi ebraici, ignori che nell’Italia meridionale i cognomi indicanti paesi o nazionalità (Romano, Pugliese, Fiorentino, Greco, Tedesco, ecc.) sono diffusissimi e non hanno il minimo riferimento razziale, appartenendo tutti o nella loro quasi totalità a famiglie, i cui precedenti italiani e cattolici si perdono nella notte dei tempi. Vorrete pertanto compiacervi di rettificare la falsa notizia e darmene cortese assicurazione, evitando così ulteriori e incresciosi seguiti a tale spiacevole incidente. Con saluti fascisti”.

⁶¹ M. Sarfatti, *Gli ebrei nell’Italia fascista. Vicende, identità, persecuzione*, cit., 184. Secondo R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino, 1962, 420, sino all’ottobre 1942 “la Demografia e Razza ne aveva autorizzati 241”.

⁶² In proposito v. A. Lefebvre-Teillard, *Le nom. Droit et histoire*, Paris, 1990, 130; E. Spagnesi, voce *Nome (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 302.

luogo ivi è stabilito il principio per cui i cittadini di religione israelitica, nonché gli ebrei stranieri che desiderino risiedere nei territori dell'Impero, sono obbligati ad adottare un nome ed un cognome fisso, ove non già posseduto, da comunicarsi all'ufficiale di stato civile del comune di residenza (artt. 1 e 2)⁶³, sotto pena di pesanti sanzioni (tra le quali l'espulsione dall'impero)⁶⁴. Un analogo requisito era già stato prefissato, in Austria, dal decreto adottato il 23 luglio 1787 dall'imperatore Giuseppe II, con il quale si ingiungeva agli ebrei di adottare cognomi permanenti⁶⁵. L'incertezza sul nome di famiglia, particolarmente evidente in alcune regioni francesi, come l'Alsazia, si rivelava evidentemente incompatibile con il programma di centralizzazione amministrativa perseguito dall'Impero e, in particolare, con l'esigenza di sottoporre anche gli ebrei al servizio militare obbligatorio⁶⁶. Con tali finalità, coerenti con la nuova concezione del nome quale "istituzione di polizia"⁶⁷, concorreva anche un progetto di assimilazione di natura essenzialmente emancipatrice. Difatti, l'art. 3 – anche questo costruito sul modello giuseppino, ove era presente in aggiunta una lista di 156 prenomi ammessi⁶⁸ – stabiliva, per l'ipotesi dell'assenza di un nome fisso e dunque dell'obbligo di adozione, che "non sarà ammesso come cognome alcun nome derivato dall'Antico Testamento, né alcun nome di città". A tal proposito si precisava che "potranno essere assunti come prenomi quelli autorizzati dalla legge 11 germinale anno XI [1 aprile 1803]"⁶⁹. L'intento, almeno secondo una lettura diffusa (ma non incontrastata), era quello di evitare l'omonimia e facilitare la "fusione degli elementi ebrei con il resto della popolazione" (art. 3), scoraggiando l'adozione di nomi "significanti" e rendendo così irriconoscibile l'appartenenza etnica o religiosa⁷⁰. Tuttavia, un siffatto meccanismo si rivelò largamente ineffettivo,

⁶³ L'art. 1 recita: "Ceux des sujets de notre empire qui suivent le culte hébraïque, et qui jusqu'à présent n'ont pas eu de nom de famille et de prénom fixes seront tenus d'en adopter dans les trois mois de la publication de notre présent décret, et d'en faire la déclaration devant l'officier d'état civil de la commune où ils sont domiciliés".

⁶⁴ A. Lefebvre-Teillard, *Le nom. Droit et histoire*, cit., 131.

⁶⁵ N. Lapierre, *Changer de nom*, Paris, 1995, 40 ss.

⁶⁶ G. Sicard, *L'identité historique*, in J. Pousson-Petit, a cura di, *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, 2002, 115 ss., 173.

⁶⁷ A. Lefebvre-Teillard, *Le nom. Droit et histoire*, cit., 131; su tale prospettiva v. anche E. Spagnesi, *I cognomi italiani: un profilo giuridico*, in A. Addobbati – R. Bizzocchi – G. Salinero, a cura di, *L'Italia dei cognomi. L'antroponimia italiana nel quadro mediterraneo*, cit., 137 ss., 148.

⁶⁸ D. Bering, *Der Name als Stigma*, Stuttgart, 1987; il volume è apparso anche in traduzione inglese (dalla quale si citerà) con il titolo *The Stigma of Names. Antisemitism in German Daily Life, 1812-1933*, Ann Arbor, 1992, 35.

⁶⁹ L'art. 1 della legge 11 germinale anno XI autorizzava l'attribuzione come prenomi soltanto dei "noms en usage dans les différents calendriers, et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne" (J.J. Lemouland, *Le choix du prénom et du nom en droit français*, in J. Pousson-Petit, a cura di, *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, cit., 631 ss., 640).

⁷⁰ Questa, in particolare, è la lettura fatta propria da Albert Dauzat [*Les noms de famille de France*, Paris, 1949] e ripresa da N. Lapierre, *Changer de nom*, cit., 40, ma criticata da A. Lefebvre-Teillard, *Le nom. Droit et histoire*, cit., 130, nota 48.

sia perché l'art. 5 introduceva un'eccezione per coloro i quali avessero "nomi e cognomi noti e costantemente portati", sia perché l'atteggiamento tradizionalistico di molte comunità induceva all'adozione e al mantenimento dei nomi etnici, dunque immediatamente distinguibili⁷¹. Una conferma indiretta di ciò si trae dai dati relativi ai mutamenti di cognomi ottenuti attraverso la procedura amministrativa ordinaria: essi furono soltanto 105 tra il 1803 e il 1900, per poi triplicarsi tra il 1900 e il 1942, e la maggior parte di essi non avevano l'obiettivo di eliminare un nome significativo⁷².

7. L'esperienza tedesca

Un'analogia tensione tra il progetto legislativo di assimilazione e l'attitudine identitaria delle pratiche sociali si riprodusse anche in Germania, e segnatamente nei territori prussiani. Il governo riformatore di von Hardenberg introdusse sin dal 1812, nel quadro della normativa di emancipazione, l'obbligo di assunzione di cognomi stabili, prevedendo la possibilità di mantenere il nome di famiglia tradizionalmente portato o di adottare un nuovo cognome liberamente scelto, salvo diniego opposto dalle autorità competenti⁷³. Il precetto legislativo non si tradusse, però, neanche in questo caso, nell'effettiva omogeneizzazione delle forme onomastiche. Molte famiglie possedevano già un cognome stabile (a Berlino erano 458 su 1633) e lo mantennero⁷⁴. Negli altri casi si optò per l'adozione come cognome dei prenomi tradizionali ebraici più diffusi (e tra questi in particolare il nome dei padri), a volte con minime variazioni formali ("Moser" invece di "Moses"), o comunque per segni dotati di elevata riconoscibilità. Tra i nomi che incontrarono il maggior favore si annoverano, ad esempio, Levi, Hirsch, Salomon, Markus, Nathan, Oppenheim, Israeli, Cohn. Ciò costituisce un indizio evidente del fatto che le popolazioni interessate erano maggiormente attente a preservare le consuetudini tradizionalmente osservate, che non a limitare i rischi di possibili discriminazioni (sottostimati anche in ragione della tendenza emancipatrice della nuova legislazione)⁷⁵. I nomi così definiti ricevettero poi il sigillo dell'intangibilità tra il 1816 e il 1822, quando due decreti di Federico Guglielmo III sottoposero a sanzione penale il cambiamento arbitrario del nome, subordinando qualsiasi modificazione all'autorizzazione espressa del sovrano⁷⁶.

⁷¹ N. Lapierre, *Changer de nom*, in *Communications*, vol. 49, 1989, 149 ss., 155.

⁷² N. Lapierre, *Changer de nom*, cit., 155.

⁷³ Editto del 11 marzo 1812, art. 2 (su cui v. D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 31).

⁷⁴ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 36.

⁷⁵ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 36 ss.

⁷⁶ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 77-79.

A seguito della sconfitta delle armate napoleoniche e dell'interruzione dell'ondata riformatrice, il processo di emancipazione degli ebrei rivelò tutta la sua fragilità, ristabilendosi vecchi divieti e discriminazioni. In una prima fase la disciplina del nome non fu fatta oggetto di particolari attenzioni, anche perché, a quell'epoca, il nome aveva una capacità identificativa dell'appartenenza razziale o religiosa notevolmente minore rispetto ad altri segni, quali il vestiario, la lingua o l'apparenza fisica (in particolare la barba)⁷⁷. Ma ben presto il problema venne ad emersione. La prima occasione fu offerta dall'istanza, presentata da tale Markus Lilie al Re Federico Guglielmo III, affinché fosse autorizzata l'imposizione al figlio del nome Federico Guglielmo⁷⁸. Ne derivò l'emanazione di un *Kabinettsordre* del 29 agosto 1816, con il quale, oltre a rigettarsi l'istanza del ricorrente, si proibiva in termini generali l'adozione da parte degli ebrei non battezzati di prenomi "puramente cristiani" ("*blos christliche*")⁷⁹. L'applicazione di tale provvedimento incontrò, però, notevoli difficoltà pratiche, come si poté constatare nel caso dell'istanza presentata il 6 agosto 1836 dal commerciante berlinese Joseph Alexander Samuel. Costui aveva presentato alle autorità di polizia la domanda di autorizzazione a dare al proprio figlio il prenome "Julius"⁸⁰. Il Ministro dell'Interno, investito del caso, sollecitò il parere del Ministero degli affari culturali, per dirimere le difficoltà interpretative derivanti dal fatto che "Julius" non era un nome ebraico, bensì pre-cristiano. Il parere, poi recepito dal sovrano, fu di carattere negativo: benché pre-cristiano, il nome Julius appariva diffuso principalmente tra gli appartenenti al cristianesimo e non tra gli ebrei. Esso non avrebbe quindi permesso – questa la *ratio* della decisione – una corretta identificazione del suo portatore⁸¹.

Il già citato volume di Leopold Zunz, *Namen der Juden*, apparso a Lipsia nel 1837, vide la propria origine proprio in questo contesto⁸². Esso fu infatti commis-

⁷⁷ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 45.

⁷⁸ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 47.

⁷⁹ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 48.

⁸⁰ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 57.

⁸¹ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 58.

⁸² L. Zunz, *Namen der Juden. Eine geschichtliche Untersuchung*, Leipzig, 1837. Merita di essere riprodotta la prefazione del volume, poiché dimostra in maniera inequivocabile quale fosse l'intento del libro: "Aeltere und neuere Schriftsteller, zum Theil in amtlichen Stellungen, haben wie über vieles die Juden Berührende, so auch über deren Namen Irrthümer verbreitet, und es schien mir in tieferes Eingehen in den Gegenstand, zumal in einem Augenblick nicht überflüssig, wo demselben in Folge einer bekannten – wie es heisst, suspendirten – Maassregel, ein grösseres Interesse sich zugewandt hat. Der folgende Versuch soll den geschichtlichen Gang verdeutlichen, den bei den Juden die Namen (Vornamen) genommen haben; zugleich aber will er als ein Programm betrachtet sein zu dem in diesen Tagen einfallenden zweitausendjährigen Jubiläum der von Juda Makkabäus gestifteten Befreiungsfeier (Chanuka), denn wahrlich umsonst ist diese lange Reihe von Jahren für die Menschheit, also auch für Israel nicht dahingeschritten. Näher als jemals stehen in den civilisirten Staaten die Juden der Emancipation. Die zermalmten Widersacher verstummen;

sionato dalla comunità ebraica berlinese ed intendeva mostrare, con le armi dell'intelligenza e dell'erudizione, l'assoluta fragilità delle basi scientifiche e culturali di un siffatto atteggiamento. La ricerca ivi compiuta illustrava in maniera molto nitida l'assenza di confini stabili tra l'insieme dei prenomi ebraici e quelli adottati da altre culture, evidenziando i continui scambi intercorsi tra gli uni e gli altri (ad es. il nome Mordechai derivava dal persiano, e segnatamente dal nome del dio "Marduk"; Maimun dall'arabo; Justus e Leon dal latino; Theodorus dal greco; Gottlieb dal tedesco; Manuel rappresentava la germanizzazione di Menachem, etc.)⁸³, oltre che la limitata importanza e diffusione dei nomi biblici. Quel che si intendeva porre in luce, dunque, era l'assurdità del provvedimento imperiale: non si danno nomi cristiani più di quanto non esistano lingue cristiane o parole cristiane⁸⁴. Ciò fu infine riconosciuto da un decreto del 9 marzo 1941, emanato da Federico Guglielmo IV, che limitava il divieto di adozione ai soli nomi che fossero "riferibili alla religione cristiana, come Christoph, Christian, Peter, etc."⁸⁵.

Lo spirito del '48 portò ad un approccio maggiormente liberale, tanto che nel 1855 fu deciso che il divieto di mutamento posto nel 1822 spiegasse efficacia unicamente in relazione al cognome e non anche al prenome⁸⁶. Tuttavia, quanto più si progredì nell'assimilazione della popolazione ebraica, e quindi nella graduale eliminazione dei segni di identificazione più tradizionali, tanto più il nome cominciò ad essere percepito come 'rappresentante analogico' della persona. Soprattutto nella fase successiva alla vittoria sulla Francia e all'unificazione del Reich, sull'onda della crescita del moderno movimento antisemita, la "questione ebraica" iniziò ad essere posta non più in chiave emancipatrice, bensì discriminatoria⁸⁷. Ed è in questo periodo, non a caso, che le statistiche ufficiali segnano un netto aumento delle istanze di cambiamento del cognome presentate da cittadini di origine ebraica (dal 2,2% del totale del periodo 1862-1871 al 5,3% del periodo 1872-1881)⁸⁸. La

hie und da kräht ein Hahn, – nicht den Tage verkündet er, nur seinen Dünkel. Sollte Empfindung für Wohl und Weh grosser Gesammtheiten, Eifer für Recht und Gleichstellung, den Weg finden können zu Köpfen, wo es nachtet, zu Herzen, die nie schmelzen? Sind solche Menschen selber emancipirt?" (pp. VII-VIII). Si legga anche a p. 2: "Daher haben Verläumdung und Vorurtheil nirgend tiefere, schmerzlichere Wunden geschlagen, als eben in diesem Meinungskriege gegen die Juden, und so dürfte gerade hier das Heilungsgeschäft in der Verscheuchung der Finsterniss bestehen, die Humanität unmittelbar in der Wissenschaft. Man hat sich auch mit den jüdischen Namen beschäftigt; wie gewöhnlich theils um Vorwürfe, theils um Beschränkungen für die Juden anzubringen. Namentlich hat man von jüdischen und von christlichen Namen, wie von zwei unverträglichen Elementen gesprochen...".

⁸³ L. Zunz, *Namen der Juden. Eine geschichtliche Untersuchung*, cit., 3 ss.

⁸⁴ L. Zunz, *Namen der Juden. Eine geschichtliche Untersuchung*, cit., 119 ss.

⁸⁵ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 74-75.

⁸⁶ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 81.

⁸⁷ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 81.

⁸⁸ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 85, 89.

montante pressione antisemita ebbe riflessi significativi anche sulla disciplina del patronimico. Innanzitutto si modificò la procedura concernente le istanze di mutamento del cognome. Il 12 marzo 1894 fu emanata una circolare ministeriale, con la quale si intimava alle autorità competenti di non accogliere richieste motivate da esigenze di natura commerciale o finalizzate a occultare l'identità ebraica per il timore di azioni discriminatorie⁸⁹. In secondo luogo, con circolare del 15 agosto 1898, si stabilì che le stesse regole previste per i cognomi avrebbero dovuto essere applicate alle domande di mutamento del prenome⁹⁰. In tal modo i nomi e i cognomi ebraici furono costretti in una gabbia di irreversibilità, rendendo più semplice la propaganda antisemita contro persone titolari di posizioni di potere e incarichi pubblici di prestigio⁹¹.

8. La legislazione nazionalsocialista

Il quadro discriminatorio raggiunse infine il suo apice a seguito dell'ascesa al potere del partito nazionalsocialista, che scatenò in tutto il paese una furibonda caccia all'ebreo nascosto, spesso incentrata sull'*argumentum ex nomine*⁹². Il regime del nome fu fatto oggetto di una regolamentazione puntigliosa, finalizzata – esattamente come in Italia – a contrastare le supposte strategie di *camouflage* poste in essere dagli ebrei, i quali venivano sistematicamente accusati di avere 'germanizzato' i propri nomi al fine di occultare l'origine non ariana⁹³. Se già nel

⁸⁹ Il caso Schmul-Goetze costituì l'*occasio legis*: il commerciante ebreo Emil Schmul domandò l'autorizzazione a mutare il proprio cognome in Goetze, in base all'argomento per cui suo nonno si chiamava Schmul-Goetze. Pubblicata la suddetta istanza, vennero inoltrate diverse dichiarazioni di opposizione al Ministero dell'interno da parte di 27 cittadini tedeschi di nome Goetze, supportati da diverse organizzazioni antisemite, i quali sostenevano che tale nome costituisse un "gutdeutscher christlicher Name", "das Ehrenschild der Familie" e dunque non dovesse permettersi un cambiamento del cognome finalizzato a "occultare le origini ebraiche, traendone in tal modo un vantaggio sul piano commerciale". La domanda fu accolta, ma lo stesso giorno fu emanata la circolare citata nel testo (D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 96).

⁹⁰ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 102.

⁹¹ Emblematico, a tal proposito, fu il caso di Bernhard Weiß, il vicepresidente della polizia berlinese, sistematicamente apostrofato da Joseph Goebbels e dai suoi sodali con il soprannome di "Isidor", per alludere alle sue origini ebraiche. Pur avendo riportato diverse condanne per diffamazione, Goebbels continuò a sostenere che "Isidor ist ein Typ, ein Geist, ein Gesicht, eine Visage", giungendo a intonare un coro oltraggioso indirizzato all'alto funzionario nel corso di una seduta del Reichstag, nella quale Weiß fu costretto ad intervenire per arrestare alcuni deputati nazionalsocialisti che avevano brutalmente percosso un deputato socialdemocratico (cfr. D. Bering, *Der Kampf um den Namen Isidor. Polizeivizepräsident Bernhard Weiss gegen Gauleiter Joseph Goebbels*, in *Beiträge zur Namenforschung*, 1983, 121).

⁹² Per alcuni esempi tratti dalla stampa v. D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 99 ss.

⁹³ Cfr. ad es. quanto scrive W. Feldscher, *Rassen- und Erbpflege im deutschen Recht*, Berlin-Leipzig-Wien, 1943, 100: "Eines der jüdischen Hilfsmittel, die Abstammung zu tarnen und sich dem Gastvolk äußerlich zu assimilieren, war die Annahme deutscher Namen, die die Juden insbesondere im Schriftverkehr bis in die letzten Jahre als 'Volksgenossen' erscheinen ließen".

1933 il Segretario di Stato presso il Ministero dell'Economia, Paul Bang, aveva proposto l'annullamento con effetto retroattivo di tutti i provvedimenti di mutamento del cognome adottati a partire dal 1918⁹⁴, il primo atto ufficiale vide la luce nel 1934.

Una circolare del Ministero dell'interno, emanata il 25 giugno 1934 e non pubblicata nel *Reichsgesetzblatt* in quanto destinata agli organi interni dell'amministrazione, prefissò le condizioni necessarie al fine di dar corso ad una domanda di cambiamento del cognome⁹⁵. La circolare muoveva dalla premessa per cui "ogni mutamento del nome intacca la riconoscibilità della provenienza da una determinata famiglia, agevola l'occultamento dello stato personale e vela la discendenza di sangue. Un cambiamento può pertanto avere luogo soltanto quando sussista un'idonea causa giustificativa, che legittimi tale mutamento". Di conseguenza, qualsiasi richiesta di cambiamento del cognome avanzata da persone non appartenenti alla razza ariana⁹⁶ avrebbe dovuto essere rigettata in linea di principio, in modo da evitare i rischi di occultamento dell'appartenenza etnica. Per contro, nessun ostacolo avrebbe dovuto essere frapposto alla modificazione del patronimico richiesta da cittadini ariani, i quali avessero portato dei cognomi che – secondo il "comune sentire" – fossero definibili come "nomi ebraici"⁹⁷.

Il 5 gennaio 1938 fu approvata la legge sul mutamento dei prenomi e dei cognomi (*Gesetz über die Änderung der Familiennamen und Vornamen*)⁹⁸. Essa riprese e affinò ulteriormente i contenuti della circolare ministeriale del 1934⁹⁹. Questi i suoi punti salienti:

- a) il cambiamento del cognome può essere autorizzato unicamente in presenza di un giustificato motivo (§ 3);
- b) la sussistenza di un giustificato motivo dovrà essere accertata da parte delle autorità pubbliche avendo riguardo a tutte le circostanze rilevanti e dopo aver sentito – oltre all'interessato – gli organi di polizia locali e le persone contro-interessate (§ 3, co. 2);
- c) il Ministro degli Interni può riservarsi la decisione definitiva sulle istanze di cambiamento (§ 6);

⁹⁴ M. Mayer, *Staaten als Täter. Ministerialbürokratie und "Judenpolitik" in NS-Deutschland und Vichy-Frankreich: ein Vergleich*, cit., 135.

⁹⁵ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 144.

⁹⁶ Circa i criteri adottati dalla normativa nazionalsocialista per sancire l'appartenenza razziale v. T. Vormbaum, *La legislazione razziale nella Germania nazista*, in L. Garlati – T. Vettor, a cura di, *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, Milano, 2009, 177 ss., 184.

⁹⁷ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 144.

⁹⁸ *Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen*, 5 gennaio 1938, in *RGBl*, 1938, I, 9.

⁹⁹ In tema V. Di Porto, *Le leggi della vergogna. Norme contro gli ebrei in Italia e in Germania*, Firenze, 2000, 101 ss.

- d) i provvedimenti di mutamento del cognome, adottati prima del 30 gennaio 1933, sono suscettibili di revoca entro il 31 dicembre 1940, qualora tale mutamento debba considerarsi “indesiderato” (*nicht erwünscht*). Competente è il Ministro degli Interni (§ 7);
- e) il Ministro degli Interni può emanare provvedimenti e stabilire direttive concernenti la materia dei prenomi, nonché adottare tutti i provvedimenti idonei ad applicare e a integrare la suddetta legge (§§ 12-13);
- f) le regole illustrate da a) a d) trovano applicazione anche in relazione ai prenomi.

È interessante notare che tale provvedimento fu indicizzato nel *Reichsgesetzblatt* del 1938 sotto la voce “Juden”¹⁰⁰, a riprova del fatto che, pur rimanendo neutra sul piano formale, tale normativa perseguiva una finalità eminentemente discriminatoria nei confronti della minoranza ebraica. Ciò emerse in termini inoppugnabili non tanto nella prima *Verordnung* del 7 gennaio 1938¹⁰¹, la quale stabiliva quali fossero le autorità amministrative competenti a decidere sulle domande di mutamento, quanto nella seconda *Verordnung* del 17 agosto 1938¹⁰². Essa si concentrava sul procedimento di attribuzione dei prenomi e limitava ulteriormente, sino ad annullarla, la libertà di scelta dei soggetti: non soltanto il cognome, ma anche il prenome per qualsiasi contatto con l'identità della persona e si trasformò in una mera etichetta amministrativa, imposta essenzialmente a fini di polizia¹⁰³.

L'atto normativo in esame ruotava intorno a due principi fondamentali: a) agli ebrei – che abbiano la nazionalità tedesca – possono essere attribuiti *esclusivamente i prenomi compresi nelle liste* redatte dal Ministero dell'Interno (§ 1); b) i soggetti appartenenti alla “razza ebraica”, ai quali siano già stati attribuiti al momento della nascita nomi diversi da quelli autorizzati dalla legge, *hanno l'obbligo*, con decorrenza dal 1 gennaio 1939, di *aggiungere al loro prenome quello di “Israel”, se di genere maschile, e quello di “Sara”, se di genere femminile* (§ 2)¹⁰⁴.

Infine si stabiliva che nei rapporti giuridici e commerciali ove è d'uso palesare il proprio cognome, gli ebrei dovranno indicare sempre anche almeno uno dei propri prenomi (e se obbligati a portare anche un prenome aggiuntivo ai sensi del § 2, questo dovrà essere esplicitato) (§ 3), sotto pena dell'arresto sino a 6 mesi (ridotti a un mese se la violazione di legge è imputabile a colpa e non a dolo) (§ 4);

¹⁰⁰ Cfr. *Sachverzeichnis zum Reichsgesetzblatt Teil I und Reichsgesetzblatt Teil II*, alla p. 50.

¹⁰¹ *Erste Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen*, 7 gennaio 1938, in *RGBl.*, 1938, I, 12.

¹⁰² *Zweite Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen*, 17 agosto 1938, in *RGBl.*, 1938, I, 1044.

¹⁰³ Su tale provvedimento v. M. Mayer, *Staaten als Täter. Ministerialbürokratie und “Judenpolitik” in NS-Deutschland und Vichy-Frankreich: ein Vergleich*, cit., 36; D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 145.

¹⁰⁴ Sul punto v. M. Mayer, *Staaten als Täter. Ministerialbürokratie und “Judenpolitik” in NS-Deutschland und Vichy-Frankreich: ein Vergleich*, cit., 36.

A sua volta, tale *Verordnung* fu integrata da una circolare del Ministero dell'inter-no del 18 agosto 1938¹⁰⁵. Essa stabiliva:

- a) i figli di cittadini tedeschi devono assumere in linea di principio solo prenomi tedeschi;
- b) l'attribuzione a bambini tedeschi di nomi non tedeschi è autorizzata soltanto in presenza di un motivo giustificato (ad es. appartenenza ad un gruppo etnico non tedesco, ragioni di parentela, etc.). Sono da considerarsi nomi tedeschi anche i nomi originari di altre nazioni, ma ormai percepiti dalla comunità come nomi tedeschi (ad es. Hans, Joachim, Julius, Maria, Sofie, Charlotte);
- c) gli ebrei, che siano cittadini tedeschi o apolidi, possono assumere solo i nomi contenuti nella lista allegata, i quali saranno invece interdetti agli ariani¹⁰⁶.

La lista citata iniziava, per gli uomini, con "Abel" e finiva con "Zawi". Per le donne, invece, essa si apriva con "Abigail" e terminava con "Zortel". Essa non conteneva nomi biblici o ebraici ampiamente diffusi in Germania, come Josef, Michael, Daniel, David, Abraham, Ruth, Esther; mente annoverava nomi usati molto raramente presso gli ebrei tedeschi, quali Isboseth, Ahab, o Jezabel.

Di fatto, dunque, si finiva per sancire la *mixité* storica dei nomi ebraici. Ma ciò non interessava molto, in quanto l'obiettivo primario era quello di elevare un muro, che potesse rinchiudere all'interno di un ghetto linguistico i nuovi "nomi ebraici", separandoli dai nomi tedeschi e rendendoli, per atto di legge, "parlanti"¹⁰⁷. In questo la strategia era tanto lucida quanto spietata. Si deve, infatti, notare che l'adozione di un nome prefissato per legge ha anticipato di ben tre anni (ed anche più, se si con-

¹⁰⁵ *Runderlaß des Reichsminister des Inneren*, 18 agosto 1938 (I d 42 X/38-5501 b), in *Ministerial-Blatt des Reichs- und Preußischen Ministeriums des Inneren*, 24 Agosto 1938, n. 35.

¹⁰⁶ Può essere utile riprodurre per esteso le norme centrali del provvedimento: "(3) Kinder deutscher Staatsangehöriger sollen grundsätzlich nur deutsche Vornamen erhalten. Es dient der Förderung des Sippengedankens, wenn bei der Wahl der Vornamen auf die in der Sippe früher verwendeten Vornamen zurückgegriffen wird. Dabei werden besonders auch solche Vornamen in Frage kommen, die einem bestimmten deutschen Landesteil, aus dem die Sippe stammt, eigentümlich sind (z. B. Dierk, Meinert, Uwe, Wiebke). (4) Nichtdeutsche Vornamen dürfen für Kinder deutscher Staatsangehöriger nur zugelassen werden, wenn ein besonderer Grund dies rechtfertigt (z. B. Zugehörigkeit zu einem nichtdeutschen Volkstum, Familienüberlieferung, verwandtschaftliche Beziehungen). Zu den nichtdeutschen Vornamen rechnen nicht die seit Jahrhunderten in Deutschland verwandten Vornamen ursprünglich ausländischer Herkunft, die im Volksbewußtsein nicht mehr als fremde Vornamen angesehen werden, sondern völlig eingedeutscht sind (z. B. Hans, Joachim, Peter, Julius, Elisabeth, Maria, Sofie, Charlotte). Nichtdeutsche Vornamen sind dagegen auch solche nordischen Vornamen, die in Deutschland ungewohnt und ungebräuchlich sind (z. B. Björn, Sven, Ragnhild). (5) Juden, die deutsche Staatsangehörige oder staatenlos sind, dürfen nur die in der Anlage aufgeführten Vornamen beigelegt werden; anderen deutschen Staatsangehörigen dürfen diese Vornamen nicht beigelegt werden. Soweit Juden andere als die in der Anlage aufgeführten Vornamen führen, müssen sie ab 1. 1. 1939 zusätzlich einen weiteren Vornamen führen, und zwar männliche Personen den Vornamen Israel, weibliche Personen den Vornamen Sara" (la trascrizione è accessibile all'indirizzo <http://www.beliebte-vornamen.de/3595-richtlinien-vornamen-1938.htm>).

¹⁰⁷ W. Mahlbürg, *Die Vornamengebung im Nationalsozialismus*, in *Das Standesamt*, 1985, 247.

sidera la prima circolare del 1934) l'obbligo di portare la stella gialla, introdotto il 15 settembre 1941¹⁰⁸, a definitivo compimento della politica di isolamento ed emarginazione degli ebrei.

9. Prime conclusioni

Se si considera che disposizioni analoghe furono introdotte anche nella Repubblica di Vichy (la legge del 10 febbraio 1942 aveva revocato i benefici accordati dalla legge generale sui nomi del 1803 e aveva disposto l'annullamento retroattivo di tutti i mutamenti del cognome concessi a partire dal 24 ottobre 1870, data dell'approvazione del decreto Crémieux, con il quale fu accordata la cittadinanza francese agli ebrei d'Algeria)¹⁰⁹, si può comprendere come le riforme del sistema onomastico adottate in Italia non risultassero isolate nel panorama europeo. La disciplina introdotta dal fascismo appare, da alcuni punti di vista, più flessibile di quella adottata in Germania (mancando la predisposizione di una lista dei prenomi autorizzati e l'imposizione per legge di nomi aggiuntivi, come Sara o Israel); comunque non meno invasiva. Sarebbe interessante capire meglio se le riforme italiane siano state direttamente ispirate dalle leggi e dalle circolari tedesche, o se la convergenza sia puramente occasionale¹¹⁰. L'attenzione espressa dalla stampa per le nuove norme adottate in Germania costituisce un indizio non trascurabile al riguardo¹¹¹. Risulta, però, necessario un attento lavoro di studio negli archivi sia per comprendere l'esatto processo di formazione delle regole, sia per capire quanta parte di tale produzione normativa si fosse effettivamente tradotta in pratiche applicative. Men-

¹⁰⁸ D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 145.

¹⁰⁹ Sulle riforme adottate nel contesto della Repubblica di Vichy, v. M. Mayer, *Staaten als Täter. Ministerialbürokratie und "Judenpolitik" in NS-Deutschland und Vichy-Frankreich: ein Vergleich*, cit., 35 ss.; N. Lapierre, *Changer de nom*, cit., 116-119.

¹¹⁰ In generale, sui rapporti intercorrenti tra la legislazione razziale italiana e quella tedesca sussiste ormai un'imponente letteratura: v. a titolo esemplificativo S. Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, cit., 27 ss.; A. Somma, *Sulla comparabilità dell'Olocausto e sulla comparazione tra fascismi: le equivalenze funzionali tra razzismi italiano e tedesco*, in G. Speciale, a cura di, *Le leggi antiebraiche nell'ordinamento italiano*, cit., 55 ss.; più in generale v. W.M. Tassilo, *Deutsche und italienische Zivilrechtsgesetzgebung 1933-1945. Parallelen in der Rechtsetzung und gegenseitige Beeinflussung unter besonderer Berücksichtigung des Familien- und Erbrechts*, Frankfurt am Main, 2003, *passim*.

¹¹¹ Cfr. *I nomi germanici proibiti agli ebrei nel Reich*, in *Corriere della Sera*, 20 agosto 1938, p. 7: "Una circolare comune dei Ministeri dell'Interno e della Giustizia per l'applicazione della legge sui nomi di famiglia dispone che in avvenire gli ebrei possono portare soltanto quei nomi che il Ministero dell'Interno ha già fissato in apposite liste e che, come si ricorderà, sono limitati alla tradizione, alla religione e alla consuetudine ebraiche, evitando tutti i nomi germanici il cui uso resta vietato agli ebrei. Gli ebrei che portano nomi non corrispondenti a queste norme dovranno entro il 1 gennaio 1939 assumere un nome aggiunto che per tutti gli uomini sarà Israele e per tutte le donne Sara. La circolare dà ulteriori disposizioni per l'applicazione del provvedimento, ordinando che il nome aggiunto sia sempre citato accanto al primo nome e comminando varie pene in caso di inosservanza".

tre per la Germania la risposta sembrerebbe scontata (anche per via del più ampio lasso temporale di vigenza delle nuove norme)¹¹², in Francia si è registrata una rimarchevole discrepanza tra la teoria e la prassi. Il *Journal officiel* non registra, dall'estate 1942 alla fine del conflitto bellico, alcun decreto di revisione del nome¹¹³. Dopo la fine della guerra, però, le istanze di mutamento del patronimico si sono moltiplicate, soprattutto ad opera di quei cittadini che portavano cognomi quanto mai ingombranti, come *Hitler* (famiglie dell'Alsazia o della Lorena) o come *Führer* (ebrei alsaziani). Di fatto, tra il 1945 e il 1957 sono state accolte 2150 richieste di mutamento del cognome, avanzate da cittadini ebrei, anche a seguito del nuovo indirizzo assunto dal Consiglio di Stato, il quale, a partire dal 1947, ha riconosciuto esplicitamente la "consonance israélite" come motivo legittimo di mutamento del nome¹¹⁴. Per l'Italia mancano ancora ricerche approfondite, che potrebbero far luce su molti aspetti oscuri dell'interazione tra regole e prassi.

Quel che è certo è che il controllo sul sistema onomastico ebbe una straordinaria importanza per i sistemi totalitari emersi nella prima metà del ventesimo secolo nell'Europa continentale e in particolare per il loro antisemitismo di Stato. Esso rappresentava uno strumento di catalogazione, isolamento e discriminazione particolarmente violento e costrittivo, in quanto avente ad oggetto uno dei segni maggiormente correlati all'identità della persona e della sua comunità di appartenenza, quale è il nome. Il governo dei nomi costituì, in fondo, una componente essenziale della più ampia strategia di governo dei corpi e delle anime dei soggetti. La logica dell'imposizione o della modifica per legge, ben riflessa nella normativa fascista e nazionalsocialista sui prenomi e i cognomi, trovò poi un epilogo drammatico nei campi di concentramento, ove i prigionieri furono definitivamente privati di tale segno distintivo, per essere identificati soltanto attraverso un numero, o meglio un marchio impresso sulla carne viva¹¹⁵. Fu proprio a partire da queste e da analoghe esperienze di degradazione e di mortificazione della dignità umana¹¹⁶ che fu avvertita, da parte dei Padri costituenti, la necessità di arricchire il disposto dell'art. 22 della Costituzione, introducendo il riferimento – inusuale, ma opportuno – al nome. Di ciò è necessario preservare la memoria, anche per non trovarsi impreparati di fronte alla crescente diffusione di vecchie e nuove forme di razzismo¹¹⁷.

¹¹² Cfr. i dati illustrati da D. Bering, *The Stigma of Names*, cit., 144 ss.

¹¹³ N. Lapierre, *Changer de nom*, cit., 118.

¹¹⁴ N. Lapierre, *Changer de nom*, cit., 134-135.

¹¹⁵ Un riferimento è d'obbligo all'opera di P. Levi, *I sommersi e i salvati*, Torino, 1986.

¹¹⁶ Si veda sul punto il bel saggio di P. Zatti, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 377 ss.

¹¹⁷ Cfr. A. Burgio – G. Gabrielli, *Il razzismo*, Roma, 2012, 147 ss.; G. Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, cit., *passim*.

La tutela dei diritti fondamentali degli “esclusi” nelle attività di impresa

di Adriana Addante

SOMMARIO: 1. Attività d'impresa e nuove schiavitù nel quadro delle fonti nazionali e sovranazionali. – 2. Il fenomeno del cd. social dumping nell'era della globalizzazione economica. – 3. Interazione fra misure di diritto pubblico e privato nel contrasto al fenomeno della manodopera forzata. – 4. Penetrazione degli interessi sociali nella disciplina degli appalti pubblici e conseguenze sul fronte concorrenziale. – 5. Forced labour e concorrenza sleale nei rapporti fra imprese. – 6. Incidenza di parametri etici e di correttezza nelle scelte di autonomia privata operate dal consumatore. – 7. Il lavoro forzato nel quadro delle pratiche commerciali sleali. – 8. La “sostenibilità sociale” nel quadro delle azioni ed omissioni ingannevoli.

1. Attività d'impresa e nuove schiavitù nel quadro delle fonti nazionali e sovranazionali

Nel volume “*La giustizia e i diritti degli esclusi*”, il prof. Tucci affronta trasversalmente tematiche che “toccano la coscienza del giurista”¹ e, ciò nondimeno, per lungo tempo obliate dalla memoria storica e dalla dottrina giuridica.

Argomenti eterogenei – quali il fenomeno dell’immigrazione e le nuove forme di asservimento, le discriminazioni contro il disabile, la disciplina del matrimonio dello straniero – ma ontologicamente tesi al fine comune della tutela dei diritti fondamentali della persona.

Un’analisi appassionata, frutto non di mera speculazione teorica, bensì di attenta riflessione, anche in chiave diacronica e comparatistica, attorno ad accadimenti documentati e a concrete vicende giudiziarie.

La necessità contingente di isolare soltanto alcuni fra molteplici spunti di interesse, induce a circoscrivere l’attenzione su un profilo in particolare, quello delle “nuove schiavitù”, declinato con specifico riguardo ai rapporti fra impresa e lavoro forzato; e ciò, nel tentativo, tutt’altro che agevole, di enucleare le possibili azioni di contrasto avverso pratiche di lavoro schiavistico nei rapporti fra privati.

¹ Prefazione al volume a cura di P. Rescigno, G. Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, pp. XV-XVII.

Il tema si innesta in un filone di ricerca molto ampio, che coinvolge principalmente studi di diritto internazionale, del lavoro e penale e che, solo in tempi recenti, ha iniziato ad essere scandagliato da quella porzione di studiosi di diritto civile e commerciale, sensibile alla tutela dei diritti degli esclusi².

Il consueto angolo visuale che concerne queste tematiche è, infatti, per un verso ascrivibile all'area giuslavoristica, sollecitata dal crescente uso distorto delle cdd. esternalizzazioni e dalla conseguente violazione dei diritti dei lavoratori; per l'altro, a quella del diritto penale, ove i reati di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), tratta delle persone (art. 601 c.p.), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.) rappresentano ipotesi di evidente condotta criminale.

Il quadro normativo nazionale ha in merito subito, *a latere* di numerose misure settoriali³, anche la modifica delle menzionate norme del codice penale, per effetto del recentissimo D.lgs. 24-2014⁴, di attuazione della direttiva 2011/36/UE⁵, concernente la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che vincola gli Stati all'adozione delle necessarie misure affinché il *trafficking in human beings* – ossia ogni pratica di reclutamento, trasporto, trasferimento, alloggio o ricevimento di persone per finalità di sfruttamento – sia adeguatamente sanzionato⁶.

Interventi *in primis* di natura pubblicistica che si inquadrano, sul fronte della tutela multilivello, in una cornice di diritto internazionale e consuetudinario estremamente articolata, della quale talune norme⁷ – ed *in primis* l'art. 4 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 4 della Convenzione europea dei diritti

² V., da ultimo, la pregevole iniziativa organizzata a Roma, da F. Buccellato, il 9 maggio 2014, *Impresa e forced labour (quali azioni di contrasto?)*, Università La Sapienza, Dipartimento di Economia.

³ Specifiche misure riguarderanno, ad esempio, la modifica della disciplina racchiusa nel D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Legge Turco-Napolitano), cd. "*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*", pubblicato in GU n. 191 del 18 agosto 1998 – Suppl. Ord. n. 139.

⁴ D.lgs. 4.03.2014 n. 24, *Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime*, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI, in GU n. 60 del 13.03.2014.

⁵ Direttiva 2011/36/UE, del 5 aprile 2011, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI*, in GU, L 101/1 del 15.4.2011.

⁶ In attuazione della direttiva, la Commissione formula la *EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012–2016*, la cui *Priority E* prevede, tra le misure da implementare, l'avvio di *Case-law study on trafficking or labour exploitation*.

⁷ Numerose fonti internazionali risalgono affiancano la Dichiarazione universale dei diritti umani del '48, a testimonianza della vastità e complessità del fenomeno: *ex multis*, il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi, e delle istituzioni e delle prassi analoghe alla schiavitù del 1956, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000 e il Protocollo contro il traffico illecito di migranti per terra, per aria e per mare del 2000, la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1990, la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crude-

del'uomo e, più di recente, l'art. 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – costituiscono autentici capisaldi⁸.

2. Il fenomeno del cd. *social dumping* nell'era della globalizzazione economica

Un'indagine sul fronte del diritto del commercio internazionale rivelerebbe che la tutela dei diritti fondamentali, pur sancita in una molteplicità di fonti e a diversi livelli, sia troppo frequentemente destinata a soccombere per effetto dei perversi meccanismi di cd. “*dumping* sociale” ed economico. Mentre tuttavia il *dumping* economico è oggetto di specifica attenzione nell'ambito delle norme GATT⁹, volte a osteggiare il fenomeno di cd. *international price discrimination* (ossia le fattispecie di vendita di un prodotto su un mercato estero ad un prezzo inferiore a quello praticato nel mercato di origine o a un prezzo in ogni caso insufficiente a coprire i costi di produzione)¹⁰, il *dumping* sociale non ha, in sé, ricevuto alcuna forma di riconoscimento normativo e non è conseguentemente sanzionato da alcuna fonte internazionale. Esso è, nella sostanza, rappresentato “*dalle differenze di regolamentazione sociale proprie dei singoli ordinamenti che determinano (direttamente o indirettamente) diversità di costi del fattore lavoro*”¹¹.

li, disumani o degradanti del 1984, la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979 e la Convenzione relativa ai diritti delle persone disabili del 2006.

⁸ Per la peculiare analiticità, merita di essere ricordato per esteso almeno l'art. 4 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali del 1950, Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato: 1. *Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù.* 2. *Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio.* 3. *Non è considerato «lavoro forzato od obbligatorio» ai sensi del presente articolo: (a) il lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta alle condizioni previste dall'articolo 5 della presente Convenzione o durante il periodo di libertà condizionale; (b) il servizio militare o, nel caso degli obiettori di coscienza nei paesi dove l'obiezione di coscienza è considerata legittima, qualunque altro servizio sostitutivo di quello militare obbligatorio; (c) qualunque servizio richiesto in caso di crisi o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità; (d) qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civili.* Sul punto, per gentile concessione in anteprima dell'A., si rinvia alla profonda riflessione di G. Tucci, *Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato*, sub art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Comm. Scialoja-Branca*, diretto da G. De Nova, pp. 736-783, di prossima pubblicazione.

⁹ Su *Anti-dumping and Countervailing Duties*, si v. in particolare l'art. VI del GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* – 1947/1994).

¹⁰ A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. dir.*, 2011, 1, p. 13 e ss.

¹¹ Con la locuzione *dumping* sociale, si intende comunemente far riferimento alla pratica di alcune imprese, in prevalenza multinazionali, di localizzare la propria attività in aree in cui possono beneficiare di regolamentazioni meno restrittive in tema di tutela del lavoro o in cui il costo del lavoro sia inferiore. In realtà, attenta dottrina coglie la maggiore complessità del fenomeno ricordando che “*L'espressione dumping sociale interiorizza molteplici aspetti di una comune matrice problematica. Benché, infatti, con la stessa si faccia riferimento a fenomeni diversi, quali l'importazione di prodotti provenienti da stati in cui esistono condizioni lavorative non dignitose secondo i parametri delle democrazie occidentali, ovvero, le prestazioni di servizi transfrontalieri in cui le imprese utilizzano manodopera meno costosa di quella locale, ovvero, ancora, la delocalizzazione della produzione in ambiti, caratterizzati da livelli remunerativi e regimi normativi più favorevoli (...), l'elemento da cui deriva il fenomeno pare, in ultima analisi, rappresentato dalle differenze di regolamentazione*”

Non a caso resta ancora acceso, a livello internazionale, il dibattito attorno all'inserimento delle cosiddette "clausole sociali", nell'ambito dei trattati commerciali internazionali che, anche facendo propri i principi fondamentali espressi dall'Organizzazione mondiale del lavoro (cdd. *core labour standards*), conducano ad un effettivo miglioramento della condizione dei lavoratori, in Paesi ancora privi di un'adeguata tutela^{12 13}.

E già questo dato conduce a recepire il messaggio che, con grande chiarezza, l'A. evidenzia in più parti del volume: l'attualità di pratiche che, soltanto in apparenza, appartengono ad una dimensione storica superata o alla tradizione di Paesi o realtà socio-politiche lontane¹⁴. Il fenomeno della schiavitù è tutt'altro che relegato a tempi remoti; serpeggia, al contrario, con nuove forme e modalità, proprio in un contesto, quale quello nazionale ed europeo convenzionalmente ritenuto "avanzato", da un punto di vista sociale e giuridico.

A tal riguardo, anche senza allargare lo spettro d'indagine all'operato dell'impresa multinazionale, sarebbe sufficiente soffermare lo sguardo alla realtà domestica, tanto a quella agricola meridionale, ove si assiste a moderne forme di caporalato e sfruttamento dei braccianti agricoli, in spregio alle lotte secolari condotte fino all'approvazione degli artt. 35 e ss della nostra Costituzione; tanto a quella produttiva di settori in espansione, quale il tessile, rispetto alla quale la più accorta giurisprudenza inizia ad interrogarsi.

Altro è infatti lo stato della legislazione vigente, che conduce da tempo al ripudio di siffatte azioni criminose, altro è che il sistema normativo, per carenza di controlli o di coordinamento con le norme internazionali ovvero per biechi interessi di natura economica, non riesca a contrastare la piaga del lavoro forzato.

Il fenomeno è chiaramente più articolato nella dimensione transnazionale e dovrebbe abbracciare anche fattispecie nelle quali non si configurino condotte illecite

sociale proprie dei singoli ordinamenti che, di converso, determinano (direttamente o indirettamente) diversità di costi del fattore lavoro", R. Pessi, *Dumping sociale e diritto del lavoro*, W.P. Libertà, lavoro e sicurezza sociale, 3, 2011 e Id., *Dumping sociale e diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav. sic. soc.*, 2011, 3, 617-632.

¹² Per un'analisi sul ruolo della clausola sociale, si v. C. Di Turi, *Globalizzazione dell'economia, dei diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, 2007, pagg. 219 e ss. L'A. ricorda che la clausola sociale consiste in una norma che può assumere un contenuto differente a seconda degli interventi proposti. Attraverso la sua applicazione si possono concedere preferenze tariffarie, oppure negare determinate agevolazioni economiche e restringere alcune importazioni. Il tutto a seconda del fatto che il paese verso il quale si agisce dimostri, o meno, di non violare i diritti fondamentali dei lavoratori dotandosi di misure utili in questa direzione. In questo senso la clausola sociale, ed il suo utilizzo, identificherebbero la volontà di risolvere il problema del lavoro minorile, e della sua progressiva eliminazione, non soltanto in chiave strettamente giurisprudenziale od interpretativa.

¹³ Con specifico riguardo al fenomeno dello sfruttamento del lavoro minorile, si vedano le soluzioni prospettate in S. Cherubini, *Il divieto internazionale di lavoro minorile e le regole dell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Dir. comm. internaz.*, fasc.3, 2013, pag. 763.

¹⁴ L'attualità del fenomeno è stata in tempi recentissimi confermata dai risultati dell'ultimo rapporto ILO dai quali emerge lo spaventoso numero di circa ventuno milioni di lavoratori forzati in tutto il mondo, *Ilo Global Estimate Of Forced Labour – 2012* (consultabile in http://www.ilo.org/washington/WCMS_182004/lang-en/index.htm).

direttamente poste in essere dalle imprese, ma di “complicità” (cd. *joint action*) con i Governi locali di paesi in via sviluppo o di “incoraggiamento” (c.d. *aiding and abetting standard* o persino *practical assistance*) al compimento di gravi atti criminali che coinvolge parti private¹⁵.

Il pericolo di “reviviscenza” di questi tragici fenomeni è quindi rapportato, come lo stesso A. ricorda nello splendido saggio dedicato alla figura di *Thurgood Marshall*, alla dimensione globale nella quale l’impresa opera.

La circostanza, infatti, che le codificazioni ottocentesche e le successive Costituzioni siano state elaborate all’interno di un’economia nella quale le dimensioni del mercato coincidevano, per buona parte, con quelle dell’ordinamento dello Stato nazionale ha implicato, più che una loro obsolescenza, la necessità di una rilettura ampliata alla natura transnazionale dei rapporti che i soggetti instaurano¹⁶.

Sotto questo profilo, *a latere* della legislazione speciale, la stessa attenta lettura di disposizioni, a struttura aperta, quali, *in primis*, quelle contenute agli artt. 2 e 3 Cost., senza dubbio fra le più significative ed elevate del nostro ordinamento, potrebbe già costituire un importante baluardo avverso condotte di approfittamento dell’altrui subalternità, soprattutto laddove l’attività economica sia svolta in spregio all’utilità sociale e dignità della persona e, dunque, contravvenendo espressamente al ben noto precetto contenuto all’art. 41, co. 2 Cost.

Le difficoltà di contrasto avverso condotte di sfruttamento della manodopera non derivano, tuttavia, dall’assenza di appigli normativi, ma da un insieme di cause, nelle quali forte impatto è da ascrivere tanto alla natura transnazionale del fenomeno, tanto all’uso distorto dei meccanismi di esternalizzazione, che si concretano nel citato *social-dumping*¹⁷: delocalizzando sia le attività produttive sia le persone, i sistemi economici attuali sfruttano la perdita di efficacia dell’intervento dei singoli Stati sulle attività produttive e determinano inevitabili contraddizioni e disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza, con la conseguente negazione di fatto dei diritti fondamentali, formalmente tutelati¹⁸.

¹⁵ Si veda, in merito, fra i più noti, il caso *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Ltd.*, (226 F.3d, 915, 2001), in cui la *Shell* fu accusata di aver utilizzato forze di sicurezza locale per reprimere l’opposizione in atto in Nigeria, avverso le operazioni di estrazione del petrolio. Altrettanta risonanza è stata riscossa dal caso *Doe v. Unocal*, sentenza *Joe Doe v. Unocal Corp.*, 395 F.3d, 932 (IX Cir. 2002), a carico della multinazionale *Unocal*, accusata, da parte di cittadini e associazioni birmane, di aver fatto ricorso alle forze militari locali per la costruzione di un oleodotto, fornendo tacito consenso e persino assistenza alla commissione di crimini gravissimi e violazioni dei diritti umani.

¹⁶ *Thurgood Marshall e l’“infame” ruolo della schiavitù negli Stati Uniti: un confronto con l’Italia e con l’Europa dei diritti*, in G. Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, cit., 146.

¹⁷ Arcidiacono D., *Concorrenza sleale, core labour standards e violazioni in materia ambientale*, in *Orizz. dir. comm.*, 2014 p. 2.

¹⁸ F. Galgano, *Il dogma della statualità del diritto di fronte alla globalizzazione dell’economia*, in Id. *Dogmi e Dogmatica del diritto*, Padova, 2010, 73.

Un fenomeno pur essenziale e connaturato a tutte le economie moderne, quale è la mobilità dei capitali oltre i confini nazionali, finisce dunque per contribuire in maniera determinante a “riportare la forza lavoro a livello di pura merce, svuotando di significato il riconoscimento di quei diritti inviolabili della persona del lavoratore, su cui si formano le moderne democrazie costituzionali”¹⁹.

3. Interazione fra misure di diritto pubblico e privato nel contrasto al fenomeno della manodopera forzata

In un quadro socio-giuridico complesso e difficilmente gestibile, una prima prospettiva di interazione fra misure di diritto pubblico e privato, ancora una volta su spinta del legislatore europeo, è rappresentata dall'introduzione di un meccanismo indiretto di disincentivo rispetto al ricorso a forme di lavoro paraschiavistico.

La menzionata direttiva 2011/36/UE, all'art. 18, co. 4, richiama gli Stati membri ad una valutazione della possibilità che costituisca reato la condotta di chi ricorre consapevolmente ai servizi, oggetto dello sfruttamento.

Un punto particolarmente delicato, *in primis* sul fronte penalistico, in ragione del possibile inquadramento in termini di ricettazione dei prodotti provenienti da attività delittuose²⁰, ma anche sul piano privatistico, atteso che ciò potrebbe fungere da freno anche per la condotta di quelle imprese che, pur non macchiandosi direttamente dei crimini in discorso, “si limitino” ad acquisire materie prime o semilavorati frutto di tratta di esseri umani.

La norma, allo stato non ancora tradotta in precetto vincolante nel citato decreto di recepimento 24/2014, si pone in continuità con quelle disposizioni, già da tempo prospettate *de iure condendo* in ambito nazionale e ad oggi non ancora attuate, che stabiliscono una serie di misure atte a vietare non soltanto la produzione, ma anche l'importazione ed il commercio di merci prodotte mediante l'impiego di manodopera forzata e in schiavitù (v. D.d.l. n. 2372/2010)²¹.

¹⁹ G. Tucci, Thurgood Marshall e l'“infame” ruolo della schiavitù negli Stati Uniti: un confronto con l'Italia e con l'Europa dei diritti, cit., 149.

²⁰ Tale soluzione sarebbe conseguenza del particolare legame che sussiste tra la finalità del profitto (minor costo del prodotto, generatore di maggiori margini, se il solo riferimento al contesto imprenditoriale dovesse reputarsi insufficiente) ed acquisto di cose provenienti da delitto (produzioni operate con ricorso al lavoro schiavizzato); F. Buccellato, *Verso “Roma, 9 maggio 2014 – Impresa e forced labour”: Linee guida per una rinnovata azione di contrasto nel solco della EU Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012–2016*, in *Dir. comm. intern.*, 2014, fasc. 1, 177-208. Sul punto si v. in particolare A. Madeo, A. Caselli Lapeschi, *L'attuazione della Direttiva 2011/36/UE: inefficienze di sistema e rinnovata attualità del reato di ricettazione*, Relazione tenuta a Roma, 9 maggio 2014 – *Impresa e forced labour*, cit.

²¹ D.d.l. 13.10.10, n. 2372, *Disposizioni concernenti il divieto di produzione, importazione e commercio di merci prodotte mediante l'impiego di manodopera forzata e in schiavitù*.

I divieti in parola prendono, peraltro, in considerazione un ventaglio amplissimo di ipotesi nelle quali è palese l'intento di disincentivare qualsiasi forma di rapporto con soggetti che sfruttino, anche indirettamente il lavoro forzato: si pensi al divieto di stipula di accordi commerciali, di cooperazione o di coproduzione; oppure al divieto di cessione a titolo oneroso e gratuito, anche in locazione, di beni immobili, aziende e rami d'azienda, ecc., ad imprese che si avvalgano di manodopera forzata ovvero che importino merci frutto di tali attività, ecc.²².

Se tali misure dovessero tradursi in fonti vincolanti, sarebbe certo più agevole, anche sul fronte giudiziale, reprimere e sanzionare le relative condotte, ma, allo stato, piuttosto che fare affidamento soltanto su strumenti di cd. *command and control*, occorrerebbe interrogarsi sul ruolo direttamente esercitabile dai privati.

4. La penetrazione di interessi sociali nella disciplina degli appalti pubblici e conseguenze sul fronte concorrenziale

Il tentativo di contrasto, rispetto al silente e complesso fenomeno qui in analisi, non sembra possa essere affidato ai meri meccanismi di diritto pubblico, ma necessita di essere riletto, per un verso alla luce delle interazioni fra interessi pubblici e privati e, per l'altro, della forte spinta propulsiva che le misure di "*private enforcement*" sono in grado di esprimere.

Sotto il primo profilo, ruolo centrale è da attribuirsi alla profonda opera di revisione nel settore degli appalti pubblici.

Dietro la spinta costante delle istituzioni europee, si sta assistendo alla progressiva inclusione di parametri sociali, oltre che ambientali, nelle procedure di aggiudicazione. Ciò implica che, in ossequio ad una tendenza ormai pacificamente acquisita anche dagli ordinamenti nazionali, sia possibile subordinare il tradizionale principio di economicità, a criteri «ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile»²³.

Mentre tuttavia, sul fronte ambientale la prassi giurisprudenziale europea ha raggiunto risultati più maturi²⁴, sul fronte sociale, si è rivelata assai cauta e, a tratti, persino eccessivamente orientata verso la mera protezione delle logiche concorrenziali²⁵.

²² V. art. 1, D.d.l., n. 2372/2010, cit.

²³ Così anche nell'ordinamento italiano, l'art. 2, co. 2, c.c.p. (D.lgs. 163/2006, cd. codice appalti) garantisce la possibilità che la PA abbia facoltà di introdurre nel bando criteri di natura sociale ed ambientale, nei limiti espressamente consentiti dalle norme vigenti e dal codice stesso.

²⁴ CGCE 4.12.2003, causa C-448/01, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 251; CGCE, 17.09.2002, causa C-513/99, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 1936 ss.

²⁵ Sebbene il tema richieda ben altro approfondimento, sia qui sufficiente segnalare la nota sentenza *Ruffert*, nella quale la CGCE, sulla scorta delle sentenze *Viking* e *Laval*, ha stabilito che all'aggiudicatario di un appalto pubblico non possa essere imposto l'obbligo di rispettare i minimi salariali prescritti da un contratto

Sebbene, tuttavia, le novità espresse sul fronte ambientale siano molto più evidenti²⁶, anche lo sforzo espresso sul piano sociale nel precipuo ambito qui indagato, merita adeguata attenzione²⁷.

Il tema, *prima facie* lineare, in realtà si rivela assai spinoso, poiché involge la sottile linea di demarcazione fra criteri sociali, ben noti nella prassi o persino espressi da apposite disposizioni di legge e che attengono a specifiche riserve in favore di soggetti svantaggiati,²⁸ rispetto all'assai più complessa prospettiva di integrazione di parametri di selezione ancorati, in negativo o in positivo, a specifiche prassi produttive.

In quest'ultimo segmento si collocherebbero propriamente quei criteri connessi alla tutela dei diritti fondamentali e della dignità umana che consentirebbero di escludere/preferire concorrenti che, rispettivamente, utilizzino manodopera forzata ovvero, al contrario, riescano ad attestare la provenienza dei propri prodotti per l'intero ciclo di vita, e dunque anche con riguardo al rispetto dei diritti umani, in fase di estrazione delle materie prime, produzione, distribuzione, ecc.

Sotto questo precipuo aspetto, un primo spunto di interesse proviene dalla disciplina dei cdd. criteri di selezione qualitativa degli operatori economici. L'amministrazione aggiudicatrice non si limita a verificare la conformità dell'offerta alle condizioni e criteri indicati dal bando, su un piano oggettivo, ma dovrebbe procedere ad un'attenta analisi anche dei requisiti soggettivi, inerenti i partecipanti alla gara²⁹.

Fra questi, ancor prima della valutazione concernente le capacità tecniche, professionali o finanziarie, si pone l'obbligo di esclusione dei concorrenti in una serie di

collettivo di lavoro vigente nel luogo di esecuzione dei lavori (salvo che non sia stato dichiarato di applicabilità generale), in quanto ciò costituisce un ostacolo al principio della libera prestazione dei servizi, CGCE 3.04.2008, C-346/06, in GUCE 24.05.12008., C/128/13.

²⁶ Su ruolo e disciplina dei cd. appalti verdi (*Green public Procurement*), si è già formata una letteratura copiosa anche in ambito nazionale. A mero titolo esemplificativo, M. Pennasilico, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 767; C. Guccione e L. Palatucci, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, 727 ss; G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 819 ss.; F. Gaverini, *Attività contrattuale della p.a. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 5-6, 153.

²⁷ Fra i pochi contributi dedicati al tema in oggetto, deve segnalarsi P. Cerbo, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, nel quale si pone in evidenza il difficile percorso verso il riconoscimento di considerazioni sociali ed in particolare di misure di tutela della dignità umana negli appalti pubblici, in *Foro amm. TAR*, 2010, 5, 1875.

²⁸ Si v., ad esempio, art. 52, c.c.p., che prevede la possibilità di riservare la partecipazione a «singoli appalti», anche in ragione del loro peculiare oggetto, a laboratori protetti, quindi a favore di una specifica categoria di soggetti (i disabili o comunque altre categorie indicate dalle leggi di settore).

²⁹ Lo stesso ordinamento italiano conosce forme di esclusione direttamente connesse a trattamenti salariali per i propri lavoratori al di sotto dei «minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge» o con risparmi relativi agli oneri di sicurezza (art. 87, co. 4 e 5, c.c.p.); ma anche con riguardo ad inadempimenti in materia previdenziale o assistenziale; ovvero in caso di violazione delle norme sulla sicurezza o di commissione di reati che incidono sulla moralità professionale (art. 38, c.c.p.).

ipotesi penalmente rilevanti (es. partecipazione ad organizzazioni criminali, frode, reati terroristici, riciclaggio, ecc.), purché accertati con sentenza definitiva. In tale novero figura espressamente il riferimento all'utilizzo di lavoro minorile, nonché alle altre forme di tratta degli esseri umani, menzionate all'art. 2 della citata direttiva 2011/36/UE³⁰.

Accanto a questa ipotesi specifica, si pone, inoltre, in via discrezionale, la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice escluda un operatore per il fatto di essersi dimostrato "inaffidabile"; e ciò anche per effetto della violazione della normativa sociale, ovvero per la commissione di illeciti di natura professionale, anche sul fronte della concorrenza, che rendano dubbia l'integrità dell'operatore stesso (v. Cons. 101 e art. 57, par. 4, lett. d, Dir. 24/2014/UE).

L'effettiva applicazione di tali norme dovrà essere contemperata con una serie di principi cardine dell'ordinamento comunitario, che da sempre hanno costituito una forte limitazione rispetto all'introduzione di misure di *fair trade*.

Come più volte emerso anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di introdurre discrezionalmente i parametri in questione sarebbe ammissibile soltanto se la prestazione richiesta sia connessa all'oggetto dell'appalto e soprattutto soltanto laddove non violi i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento³¹.

A ciò deve aggiungersi un ulteriore elemento di criticità, tutt'altro che trascurabile, rappresentato dall'asimmetria informativa che sovente caratterizza il rapporto fra PA e privato, nella veste di concorrente alla procedura, e dalle conseguenti difficoltà sul piano probatorio. La preferenza che la PA dovesse accordare ad un'impresa virtuosa, dovrebbe essere strettamente correlata alla concreta dimostrazione di un *quid pluris*, rappresentato, per l'appunto, dall'effettivo rispetto dei menzionati criteri sociali. Ed in ciò potrebbe svolgere un importante ruolo il sistema delle etichettature, attualmente aperto anche ad aspetti sociali, purché scevro da utilizzi distorti ed illeciti³².

³⁰ Ai sensi dell'art. 28, par. 4, lett. f, Dir. 23/2014/UE e art. 57, par. 1, lett. f, dir. 24/2014/UE.

³¹ Non è un caso che, anche in tempi recenti, i giudici di Lussemburgo (cfr. CGUE 10 maggio 2012, causa C368/10) si siano espressi con estrema cautela sull'introduzione di parametri di responsabilità sociale dell'impresa, ascrivibili a pratiche di cd. commercio equo e solidale. Nella vigenza delle direttive 2004/18/CE, la Corte afferma infatti che costituisce un livello minimo di capacità tecnica non autorizzato (dagli art. 44, par. 2, e 48 direttiva 2004/18/CE) ed in contrasto con l'obbligo di trasparenza (previsto dall'art. 2 della medesima), l'imposizione, a titolo di requisiti d'idoneità e di livelli minimi di capacità, della condizione secondo la quale gli offerenti devono soddisfare «i criteri di sostenibilità degli acquisti e di responsabilità sociale delle imprese». Per un commento alla pronuncia, si v. R. Caranta, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 11, 2012, 1123.

³² L'art. 43 della menzionata Dir. appalti n. 24-14, non casualmente circonda l'uso delle etichettature da una serie di limiti che evitano, non soltanto la compromissione del principio di parità di trattamento (cd. criterio dell'equivalenza), ma anche l'ipotesi di abuso della funzione probatoria delle stesse. *«Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono acquistare lavori, forniture o servizi con specifiche caratteristiche am-*

Misure di carattere autoritativo, dunque, che tuttavia, sono in grado di estrinsecare effetti perlomeno su due piani: nei rapporti fra pubblica amministrazione e privato, consentendo – almeno in linea di principio – di selezionare soltanto le imprese che siano in grado di dimostrare l'assenza di ricorso alla manodopera forzata; nei rapporti fra privati, atteso che l'innalzamento dei parametri sociali richiesti per la stessa partecipazione alle procedure dovrebbe comportare riflessi sul piano concorrenziale, alla stessa stregua di quanto sta avvenendo per effetto dell'inclusione di criteri di sostenibilità ambientale³³.

5. *Forced labour* e concorrenza sleale nei rapporti fra imprese

Il passaggio dal fronte pubblicistico a quello strettamente civilistico è tutt'altro che intuitivo, poiché la valutazione dell'operato dell'impresa nazionale o transnazionale, in relazione alla manodopera forzata, richiede un cambio di rotta, un'inversione di tendenza essenzialmente culturale³⁴.

bientali, sociali o di altro tipo, possono imporre nelle specifiche tecniche, nei criteri di aggiudicazione o nelle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, un'etichettatura specifica come mezzo di prova che i lavori, le forniture o i servizi corrispondono alle caratteristiche richieste, a condizione che siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) i requisiti per l'etichettatura riguardino soltanto i criteri connessi all'oggetto del contratto e siano idonei a definire le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell'appalto; b) i requisiti per l'etichettatura siano basati su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori; c) le etichettature siano stabilite nel quadro di un processo aperto e trasparente al quale possano partecipare tutte le parti interessate, compresi gli enti governativi, i consumatori, le parti sociali, i produttori, i distributori e le organizzazioni non governative; d) le etichettature siano accessibili a tutte le parti interessate; e) i requisiti per l'etichettatura siano stabiliti da terzi sui quali l'operatore economico che richiede l'etichettatura non può esercitare un'influenza determinante (...)"

³³ È proprio sul fronte gius-privatistico che la particolare apertura verso criteri di sostenibilità ambientale manifesta le maggiori potenzialità applicative. Attenta dottrina rileva come l'acquisita centralità delle esigenze ambientali, nelle procedure di aggiudicazione, imponga una conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale, inducendo a riconoscere che la meritevolezza dei "contratti verdi" sia *in re ipsa* nella liceità della causa e che tale giudizio appaia persino pleonastico, se riferito a contratti diretti a soddisfare interessi ambientali leciti, che "colorano" la causa concreta e sono in armonia con il «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, cost.). L.A., seguendo un articolato percorso argomentativo, conclude affermando che "l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando il profilo della doverosità dell'uso responsabile delle risorse naturali a vantaggio anche delle generazioni future, e dunque i valori della cooperazione, della trasparenza, della solidarietà ambientale e della responsabilità intergenerazionale", M. Pennasilico, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, cit., 2014, 767.

³⁴ La difficoltà risiede peraltro nel rendere concretamente operativi principi oramai fondanti lo stesso diritto dell'Unione europea. La nuova formulazione dell'art. 3 del Trattato di Lisbona, afferma una concezione del sistema economico europeo fondata sugli obiettivi dello sviluppo sostenibile, della coesione e dell'integrazione sociale e proclama l'impegno europeo, oltre che per la promozione della tutela ambientale, della lotta alla disoccupazione anche dell'esclusione sociale, della protezione sociale, della parità tra uomini e donne, della solidarietà tra le generazioni e della tutela dei minori. Ciò evidenzia, nella lettura combinata con gli artt. 1 *bis* e 2 la centralità della protezione dei diritti umani, in un'ottica di economia sociale di mercato non più subordinata alla mera crescita economica degli attori economici.

Il punto nodale è qui rappresentato non dalla sanzione inflitta dallo Stato al soggetto che perpetra un reato o un illecito – quale può essere l'assoggettamento a lavoro forzato o l'impiego di prodotti provenienti da sfruttamento della manodopera, ovvero la mancata predisposizione di adeguate misure di sicurezza e protezione del lavoratore – ma dalla possibilità che tali eventi acquistino rilevanza direttamente nelle relazioni fra privati.

In proposito, in via di esemplificazione, vengono in rilievo tanto i rapporti fra imprese, con particolare riguardo al corretto esplicarsi del gioco della concorrenza, tanto quelli fra imprese e consumatori, nel peculiare ambito delle cdd. pratiche commerciali sleali (o scorrette, secondo il linguaggio del legislatore domestico).

Sotto il primo profilo, pur nella difficoltà di esemplificare una congerie di piani di indagine e fonti normative (si pensi alle possibili interazioni con la disciplina della subfornitura), l'aspetto di più immediata percezione attiene al vantaggio competitivo concretamente perseguibile dall'impresa che, ricorrendo a forme di manodopera forzata o paraschiavistica, abbatta illecitamente i costi di produzione dei propri prodotti e riesca progressivamente ad imporsi sul mercato, a scapito delle imprese concorrenti.

Il problema si impone, in particolare ma non soltanto, nelle ipotesi in cui l'impresa ricorra ad imprese cd. terziste (spesso formalmente gestite da soggetti di altra nazionalità) per attività esternalizzate e sia indotta, dal perverso sistema del mercato internazionale concorrenziale, a ricercare l'abbattimento dei costi di produzione e la massimizzazione dei profitti, ricorrendo ad appalti di prestazioni d'opera. Questi, a loro volta, sono frequentemente caratterizzati da sistematica mancata assunzione dei costi e delle cautele inerenti agli adeguamenti per la sicurezza del lavoro, oltre che alla regolarizzazione contributiva di manodopera assunta *in nero*³⁵.

In tale complesso fenomeno, si pone in capo al giurista il delicato compito di ricostruzione degli assetti delle responsabilità endoaziendali, in relazione alle varie fasi di produzione, ivi comprese quelle delocalizzate³⁶; e si assiste all'emersione di aspetti di natura organizzativa interna dell'impresa quali fattori direttamente incidenti sul gioco concorrenziale e come tali valutabili in termini di correttezza professionale.

³⁵ Si legga, fra i primi e più interessanti riscontri giurisprudenziali, la pronuncia resa da Trib. Forlì 10 luglio 2012, n. 933/2012, con nota di F. Buccellato, Verso "Roma, 9 Maggio 2014 – Impresa e Forced Labour": *Linee Guida per una rinnovata azione di contrasto nel solco della Eu Strategy towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012–2016*, in *Dir. comm. int.*, 2014, 1, 177-208.

³⁶ Occorre riflettere sulla tenuta di un sistema che "contrapponga violazioni dirette di norme inderogabili a protezione del lavoro e della personalità individuale, riferite a rapporti di lavoro endoaziendali, a violazioni indirette, con riguardo a rapporti di lavoro riferibili a fasi dell'impresa esternalizzate, Id., *ibidem*, 196. L'A. qui opportunamente richiama, in merito, T. Treu, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2012, n.1, p.7.

Quest'ultimo rilievo, tutt'altro che pacifico, si innesta nel solco dell'articolata riflessione in ordine alla qualifica degli atti di concorrenza sleale rispetto all'attività nel suo complesso e attribuisce specifica rilevanza alla violazione di quelle norme di natura pubblicistica che, pur non finalizzate direttamente alla disciplina della concorrenza, la preservano indirettamente, e fra esse, *in primis*, le norme sulla tutela ambientale e delle condizioni di lavoro³⁷.

Non sembra potersi dubitare sulla sistematica alterazione del gioco concorrenziale, a danno delle imprese che invece si accollino i costi del rispetto della normativa ambientale e del lavoro, sicché, anche solo stando al sostrato giuridico interno, verrebbe in rilievo la violazione dei precetti contenuti all'art. 2598, co. 3 c.c.; e ciò soprattutto allorché il "danno" consista nella progressiva espulsione dal mercato delle imprese virtuose.

La fonte illecita del vantaggio competitivo, ottenuto da un'impresa a scapito delle altre poste sul medesimo segmento di mercato, stride evidentemente, non soltanto con il divieto di contrasto con l'utilità sociale, ma soprattutto con quello di recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, contenuto all'art. 41, II Cost.³⁸; propositi intrinsecamente traditi dalla violazione dei diritti fondamentali che il ricorso alla manodopera schiavistica comporta.

È tuttavia sul piano probatorio che si riscontrano le maggiori difficoltà per una corretta emersione del fenomeno³⁹. La giurisprudenza, infatti, non ammette automatismi e richiede *a latere* della prova della violazione di norme pubblicistiche, che da questa violazione sia derivato un ingiusto vantaggio competitivo al concorrente⁴⁰.

³⁷ Per un'efficace sintesi del dibattito in materia, si legga D. Arcidiacono, *Concorrenza sleale, core labour standards e violazioni in materia ambientale*, cit., 7 ss.

³⁸ Se il ribasso è compiuto grazie ai risparmi conseguenti all'inosservanza di norme di sicurezza o di qualità a favore dei lavoratori o dei consumatori, ovvero di norme, legali o contrattuali, relative ai diritti dei lavoratori dipendenti, la lesione di interessi sociali costituzionalmente garantiti è certa, e, con essa, la illiceità concorrenziale del ribasso, G. Ghidini, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, p. 177. Il concetto è ben chiarito anche in G. Florida, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, in Aa. Vv., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2009 p. 341, che in proposito enfatizza la centralità dei principi costituzionali, laddove, "la tutela del diritto alla lealtà della concorrenza dovesse accreditarsi presso la nostra giurisprudenza."

³⁹ L'ipotetico attore che volesse provare l'indebito vantaggio, sul piano concorrenziale, di un'impresa allocata in nazioni che non hanno un'adeguata legislazione a protezione del lavoro, e che ricorre sistematicamente al lavoro forzato, dovrebbe sobbarcarsi un onere probatorio quasi impossibile, essendo necessario dimostrare fatti che si verificano in paesi lontani ed essere in possesso di dati ed informazioni difficilmente accessibili o che richiedono costi particolarmente elevati, V. Giorgi, *Rapporti di mercato tra imprenditori e tra imprenditori e consumatori. Rilevanza del ricorso al lavoro schiavizzato come concorrenza sleale. Le azioni di tutela, di prossima pubblicazione e gentilmente concessa in anteprima*, Relazione svolta durante il citato seminario tenutosi a Roma su impresa e *forced labour* (v. nota 2).

⁴⁰ Trib. Torino, ord., 17.08.2011, in *Dir. ind.*, 2012, p. 37; Cass., 27.04.2004, n. 8012, in *Dir. ind.*, 2005, p. 203. Un illecito vantaggio è ad esempio certamente riscontrabile per il caso di violazione di norme fiscali,

Tende, in sostanza, a distinguere tra norme rivolte a porre dei limiti all'esercizio dell'attività imprenditoriale, "la cui violazione implica sempre un atto contrario ai principi di correttezza professionale e, dunque, di concorrenza sleale", e norme che impongono dei costi alle imprese operanti sul mercato "(quali, per esempio, le disposizioni fiscali, le prescrizioni igienico-sanitarie, le norme che subordinano l'esercizio di determinate attività imprenditoriali all'ottenimento di licenze o di autorizzazioni), la cui violazione può costituire l'antecedente di un atto di concorrenza e, quindi, indirettamente fonte di un illecito concorrenziale"⁴¹.

Stabilire, sul piano probatorio, un nesso diretto fra la violazione di norme e principi a tutela della sicurezza o della dignità dei lavoratori e la concorrenza sleale è certamente arduo, in ragione dell'intrinseca mancanza di informazioni, da parte della singola impresa, sugli assetti organizzativi interni della concorrente.

Deve tuttavia presumersi, anche sulla scorta di quanto avvenuto nella menzionata vicenda posta all'attenzione del Tribunale di Forlì, che si stia aprendo un varco in tal senso. Premessa infatti la specifica esigenza di dimostrazione dei fatti illeciti lamentati, il vantaggio competitivo, conseguito nelle fattispecie di ricorso o sfruttamento di manodopera forzata, dovrebbe ritenersi intrinsecamente frutto della violazione della norma imperativa e dunque idoneo influenzare i rapporti di mercato tra imprenditori e fra professionisti e consumatori.

La qualifica di atto di concorrenza sleale per il ricorso alla manodopera forzata conferirebbe al privato concorrente una possibilità concreta di azione, anche per mezzo degli enti di rappresentanza della categoria, come prescritto dall'art. 2601 c.c., e potrebbe rivelarsi un meccanismo di contrasto complementare rispetto alla mera azione pubblica.

6. Incidenza di parametri etici e di correttezza nelle scelte di natura commerciale operate dal consumatore

Nei rapporti fra concorrenti, può dunque arguirsi che le imprese prossime all'espulsione dal mercato, per effetto di un illecito ribasso dei prezzi, patiscano un pregiudizio nella propria sfera patrimoniale. Sono, dunque, direttamente danneggiate dalla condotta illecita della concorrente sleale e semmai il problema principale risiede nell'accennato scoglio probatorio.

Qualora si tenti, invece, di allargare il prisma d'indagine al rapporto fra impresa e consumatori, si è portati a traslare l'attenzione su aspetti ben diversi.

Cass., 17.07. 2008, n. 19720, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3143.

⁴¹ Trib. Venezia, ord., 27 settembre 2010, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, 361. L'assunto è compiutamente analizzato nella citata relazione di V. Giorgi, *Rapporti di mercato tra imprenditori e tra imprenditori e consumatori*.

Prima facie, infatti, questi ultimi sarebbero portatori esclusivamente dell'interesse ad acquisire un medesimo bene a condizioni economiche più vantaggiose. Il costo finale di un bene è, come noto, spesso mantenuto basso per effetto di politiche imprenditoriali basate sull'illecito sfruttamento del lavoro frutto della violazione dei diritti dei lavoratori, ovvero per effetto del dissennato uso delle risorse naturali, a scapito dell'ambiente.

A ben vedere, però, proprio una semplicistica visione "bidimensionale" del fenomeno ha indotto per lungo tempo ad un appiattimento dei rapporti fra impresa e consumatore. Si è percepita cioè la mera contrapposizione fra due interessi confliggenti, donde lo sterile calcolo fra il parametro del costo e quello del beneficio ottenuto (ribasso del prezzo).

Tale impostazione non tiene conto di due fattori: a) la presenza di ulteriori categorie di *Stakeholders* direttamente destinatarie dei riflessi dell'operato d'impresa (es. lavoratori, fornitori, ambiente, ecc.) che invece dovrebbero imporre un ampliamento delle sfere di conflitti da prendere in considerazione; b) la circostanza che il consumatore stesso, come si dirà a breve, sia portatore di interessi ulteriori, di natura morale o personale, rispetto al mero ribasso dei prezzi.

Il fatto che nell'ultimo decennio si stia assistendo ad un'inversione di rotta è innegabile ed è determinata da un coacervo di fattori che, negli ordinamenti nazionali, hanno sovente dato luogo a singoli interventi normativi; negli scenari internazionali si sono più facilmente attuati mediante proteiformi strumenti di *soft law*⁴².

Per mera semplicità espositiva, essi possono essere riconnessi al diffondersi della cd. responsabilità sociale dell'impresa⁴³, e dunque di valutazione delle ricadute esterne dell'agire d'impresa, lungo un percorso periglioso, tutt'altro che concluso.

I primi risultati di questo cambiamento culturale si stanno percependo sul fronte ambientale, nei settori più svariati, ivi compreso quello degli appalti pubblici; e ciò sta conducendo alla progressiva valutazione di impatto sull'eco-sistema dei prodotti posti sul mercato.

Ma la tentazione di assimilare *tout court* le istanze sociali a quelle ambientali non sembra essere corretta.

⁴² Nell'attuale fase evolutiva dell'ordinamento internazionale, la scelta di un numero cospicuo di membri della comunità internazionale di attribuire direttamente agli operatori economici privati un ruolo (responsabilità) nella tutela dei diritti fondamentali dei terzi non avrebbe potuto tradursi nell'adozione di atti formali, sia (...) per il problema ancora aperto dello status soggettivo delle imprese multinazionali nell'ordinamento internazionale, sia per la disomogeneità degli attuali membri di quest'ultimo, preclusiva tanto della via convenzionale quanto, a maggior ragione, della rilevazione di una prassi e di un sentire comuni idonei a tradursi in consuetudine, C. Gulotta, *Etica e globalizzazione: riflessioni sui principi OCSE del 2011 per le imprese multinazionali e sui principi ONU in tema di affari e diritti umani*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2012, pag. 539 ss.

⁴³ Tema assai ampio, sul quale nell'economia del discorso non è possibile soffermarsi. Sia, pertanto, consentito il rinvio ad A. Addante, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2012, *passim*.

La necessità da parte del consumatore di incorporare anche la componente ambientale nelle proprie scelte di autonomia è agevolata dalla percezione della sua appartenenza al bene ambiente; alla circostanza che dal detrimento all'ambiente possa scaturire, nel lungo periodo, una conseguenza negativa anche nella sua personale sfera di interesse, ed *in primis* in quella della salute.

In tal senso si aggiunge una “terza dimensione” al rapporto fra impresa e *Stakeholders*–consumatori che di fatto conduce, sempre più frequentemente, verso l'adozione di scelte eco-orientate.

Di contro, la valutazione dell'impatto sociale di un prodotto, pur involgendo la tutela di diritti fondamentali astrattamente sovraordinati a qualsivoglia altro fascio di diritti, presenta paradossalmente una maggiore criticità applicativa, dalla quale molte imprese hanno sapientemente tratto profitto.

La criticità, tipica di una tradizionale visione egoistica dei rapporti contrattuali, risiede nella (ipotetica) mancanza di un interesse diretto del consumatore alla salvaguardia di diritti terzi, rispetto alla sua angusta sfera giuridica, per di più patrimoniale. Il corollario di siffatta impostazione risiederebbe nel conseguente disinteresse dello stesso ad accollarsi i costi dovuti all'impegno dell'impresa verso processi produttivi rispettosi dei diritti fondamentali, anche nella lunga catena di fornitura.

E pur tuttavia, il citato cambiamento culturale che sta faticosamente ampliando gli orizzonti di questa inaccettabile impostazione, induce a riflettere sulle potenzialità dei rapporti interprivati rispetto alla tutela degli “esclusi”.

Occorre domandarsi se l'impresa che in particolare adotti una condotta illecita avvalendosi di manodopera forzata, oltre che perseguibile sul fronte penale, non sia portatrice anche di una forma di responsabilità da mancata o inesatta informazione sul fronte civilistico.

Essa, in altri termini, si sostituisce indebitamente al consumatore finale, presumendo che quest'ultimo, se debitamente informato, non sia disposto ad accollarsi un aumento di prezzo – il “prezzo della legalità” – esprimendo la propria preferenza verso prodotti nei quali sia certificata la provenienza e la sostenibilità sociale.

Questa arbitraria sostituzione, tuttavia, non soltanto non prende in adeguata considerazione i peculiari convincimenti etici o solidaristici che invece animano una moltitudine sempre più folta di consumatori verso i cdd. “acquisti responsabili”⁴⁴, ma lede il precipuo diritto dei consumatori ad un'informazione piena e veritiera, con ciò svolgendo un ruolo distorsivo anche della correttezza negli scambi di mercato.

⁴⁴ U. Beck, *Ein neuer Kosmopolitismus liegt in der Luft*, in *Sociétés*, 2/ 2008 (n. 100), p.37-43, evidenzia il particolare ruolo esercitato dalla figura del cd. consumatore politicizzato, quale detentore di un potere che si contrappone a quello del capitale. Un contro-potere esercitabile mediante l'arma del non-acquisto e che non trova limiti di spazio, tempo o un oggetto specifico, potendo al contrario organizzarsi per via transnazionale, anche grazie alla rete informatica.

7. Il lavoro forzato nel quadro delle pratiche commerciali sleali

La chiave per questo tassello, decisamente innovativo rispetto al tradizionale inquadramento del problema, risiede nella possibilità di considerare il ricorso al lavoro schiavizzato, oltre che come comportamento sleale nei rapporti tra imprese, anche quale pratica commerciale scorretta nei confronti dei consumatori⁴⁵.

Stando alla dimensione tradizionale, in ambito domestico ed europeo, la tutela del consumatore avviene su fronti eterogenei, atti a conseguire molteplici obiettivi: dalla sicurezza dei prodotti, alle garanzie di conformità dei beni, al giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali, ecc. Il tentativo di arginare l'intrinseco squilibrio di potere contrattuale si è, a sua volta, indirizzato anche alla fase che precede e la negoziazione, nella consapevolezza della sistematica assenza di trattativa precontrattuale. Per tale via si è aperta la strada anche alla specifica valutazione delle svariate forme di comunicazione commerciale, nella quale possono prendere corpo pratiche commerciali di natura ingannevole o aggressiva, che si concretino in azioni od omissioni atte ad influenzare la decisione economica del consumatore⁴⁶.

Un processo tutt'altro che concluso nel quale la libertà di scelta del consumatore si pone come limite alla libertà economica dell'imprenditore e scaturisce, oltre che da specifiche prescrizioni, dal "rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà", cui dovrebbero essere ancorate tutte le attività commerciali, *ex art. 39 cod. cons.*⁴⁷.

Nell'ambito di questo specifico segmento di protezione, il diritto all'esercizio di pratiche commerciali secondo i menzionati principi è, dal 2007, persino annoverato fra i diritti riconosciuti fondamentali spettanti al consumatore (art. 2, co. 2, lett. c *bis*); e ciò in aggiunta al generale diritto ad un'adeguata informazione e corretta pubblicità.

⁴⁵ Esula dalla presente trattazione il delicato profilo dell'estensione ai rapporti fra imprese della disciplina delle pratiche commerciali sleali. Sul punto, ben prima della novella introdotta agli art. 18 e 19 cod. cons. (con art. 7, co. 1, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27), V. Roppo, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in questa *Rivista*, 2010, 19 e ss.

⁴⁶ La disciplina delle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori è stata, come noto, introdotta con dir. 2005/29/CE ed attuata con D.lgs. 2.8.2007, n. 146, che ha apportato significative modifiche al codice del consumo, attualmente rubricate al titolo III, modificato dal D. lgs 221/2007 (artt. 18-27 *quater*), destando da subito particolare interesse. Fra i primi commenti, si v. certamente G. De Cristofaro, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, p. 32

⁴⁷ In dottrina si è affermato che la disciplina in parola "seppur di carattere settoriale, costituisce una rilevante novità del nostro ordinamento civilistico generale, in quanto tende a definire la "qualità" dell'attività economica, come un *a priori* rispetto al contenuto ed al regolamento dei rapporti giuridici che nell'ambito dell'attività vengono posti in essere, M. Sandulli, *Comm. sub art. 39*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa, L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, 289.

La scorrettezza in parola, oltre che effetto della contrarietà a diligenza professionale, si configura allorché la pratica sia falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, in relazione ad un dato prodotto⁴⁸. La protezione avviene mediante uno specifico divieto, analiticamente disciplinato, per l'esperienza nazionale, agli artt. 20 e ss. cod. cons. ove, oltre ad un'elencazione di pratiche da ritenersi senz'altro vietate (cd. *black list*), emerge la possibilità per il giudice di valutarne la scorrettezza in base ai canoni ora citati.

Le implicazioni che la disciplina in esame ha comportato, con specifico riguardo ai rapporti con i rimedi di diritto comune, alle interferenze con i vizi del consenso e con l'illecito sono notevoli e qui non indagabili⁴⁹. È tuttavia utile rimarcare l'attenzione sulla circostanza che la condotta (attiva o omissiva) ingannevole in analisi prescindendo dall'elemento dell'intenzionalità. Essa è valutata in base alla sua obiettiva idoneità a trarre in inganno⁵⁰; e ciò consentirebbe di allargare soggettivamente l'alveo dei professionisti coinvolti anche a quelle imprese (in genere mere distributrici) non direttamente coinvolte nei processi produttivi.

Laddove la pratica venga posta in essere, la parte lesa avrà, come noto, a sua disposizione, tanto la tutela amministrativa di carattere anche inibitorio⁵¹, tanto quella giurisdizionale ordinaria (art. 27), in particolare per gli atti di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c., oltre alla possibile invocazione di meccanismi di autodisciplina (art. 27-ter)⁵². Da ultimo, a tutela di diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali sleali o da comportamenti anticoncorrenziali è annoverata l'esperibilità dell'azione di classe, (ex art. 140 bis, 2 co., lett. c) cod. cons.) che,

⁴⁸ Ampiamente sul punto M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, 1, 73, il quale ricorda che il nucleo essenziale della clausola generale richiamata in materia sia proprio l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio, e che la direttiva 2005/29, da cui promana la disciplina nazionale, consegna una nozione assai ampia di "decisione commerciale", atta a ricomprendere anche una decisione di contenuto negativo, ossia a non negoziare l'acquisto di un determinato prodotto o servizio.

⁴⁹ Si legga in proposito l'acuta riflessione di A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in questa *Rivista*, 2010, 3, 37 e ss. Il fatto che la disciplina delle pratiche non pregiudichi l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale (ed in particolare quelle sulla formazione, validità o efficacia del contratto, v. art. 19, co. 2, lett. a) cod. cons.) comporta una serie di interferenze e difficoltà di inquadramento delle pratiche in parola nell'ambito delle categorie tradizionali, ma ciò sollecita la necessità di una rilettura in chiave evolutiva del diritto interno, in rapporto a quello comunitario.

⁵⁰ Molto approfondita è in proposito l'analisi dei rapporti con le varie forme di dolo in R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli, il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 74 ss.

⁵¹ Per un'ampia disamina dei principali orientamenti espressi dall'AGCM, si v. A.M. Gambino, V. Falce, A. Stazi *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità garante in materia di pratiche commerciali scorrette (2009 e 2010)*, in *Conc. e merc.* 2011, 355 e ss.

⁵² Secondo la dizione aggiornata e modificata dall'art. 6, comma 1, lett. e), D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

come noto, ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori⁵³.

L'obiettivo di tutela della normativa in parola non è circoscritto al singolo consumatore, vittima di un'azione scorretta del professionista, ma prevalentemente in relazione agli interessi collettivi della categoria e di conseguenza al corretto funzionamento del mercato interno.⁵⁴ Ciò nondimeno, deve ammettersi che le pratiche commerciali in discorso siano dotate di una "plurioffensività direzionale" e che pertanto possano altresì costituire patologia del singolo atto negoziale⁵⁵.

In altri termini, per effetto della pratica in questione, il consumatore adotta o è indotto ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, per effetto di una condotta attiva oppure omissiva posta in essere dal professionista, in fase anteriore, contestuale o successiva ad un'operazione commerciale⁵⁶.

Prescindendo dalle pratiche aggressive, che si collocano al di fuori di questo percorso argomentativo, l'alterazione della capacità del consumatore di assumere una decisione consapevole è dunque determinata da una carente, lacunosa o falsa informazione su aspetti nodali. E ciò in aggiunta ad un elemento intrinseco alla qualità stessa di consumatore "medio" riconducibile alla cd. razionalità limitata, quale fonte di squilibrio cognitivo, anche in presenza di un'informazione formalmente corretta⁵⁷.

⁵³ Si legga sul punto l'articolata riflessione di G. Conte, *I profili sostanziali di tutela dell'azione di classe*, in *I contratti dei consumatori*, cit., 1425 e ss., anche in merito alla centralità dell'azione risarcitoria (sia individuale che di classe) quale principale strumento di reazione avverso la violazione del generale obbligo di informazione, avente ad oggetto tutte le informazioni rilevanti di cui il consumatore necessita o la cui omissione appare idonea a fuorviare il suo comportamento commerciale.

⁵⁴ Proprio con riguardo alla sussistenza di rimedi individuali contemplati nell'ambito del codice civile, rispetto a quelli menzionati si parla di "doppio binario di tutele", R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. impr. Europa*, 2007, 1, 71 e che "non comporta che le rispettive discipline costituiscano monadi reciprocamente impermeabili", C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, pp. 783 ss.

⁵⁵ Cfr. U. Perfetti, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, Milano, 2014, 263, nel quale anche un'approfondita analisi circa l'utilizzo dello strumento dell'art. 140 bis cod. cons., in particolare dopo le ultime modifiche apportate nel 2009 e nel 2012.

⁵⁶ L'ampiezza della nozione in questione è testimoniata dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, ove si precisa (anche argomentando sulle differenze linguistiche che hanno caratterizzato la trasposizione della direttiva nei diversi Stati membri), che l'art. 2, lett. k), Dir. 2005/29/CE debba essere interpretato "nel senso che nella nozione di «decisione di natura commerciale» rientra qualsiasi decisione che sia direttamente connessa con quella di acquistare o meno un prodotto". La Corte, in tale modo in sostanza amplia le ipotesi includendo, non soltanto la decisione di acquistare o meno un prodotto, ma anche quella che presenta un nesso diretto con quest'ultima, ossia la decisione di entrare nel negozio. Nella specie, infatti, il consumatore era stato indotto a recarsi presso un punto vendita, ingannato dal prezzo vantaggioso esposto in volantino, rispetto ad un prodotto in realtà non disponibile, CGUE, Sez. VI, 19.12.2013, n. 281/12, in *Dir. Comunit. on line*, 2014.

⁵⁷ Il problema dell'asimmetria informativa legata alla razionalità limitata del consumatore è assai vasto e qui non indagabile. Deve tuttavia rilevarsi che lo sforzo del legislatore europeo prima e di quello nazionale

Tradizionalmente, pertanto, l'attenzione del legislatore si è focalizzata sulla circostanza che fossero profuse adeguate informazioni su una serie di aspetti ritenuti più rilevanti: le caratteristiche dei prodotti, la possibilità di pericolo per la salute o sicurezza del consumatore, l'assistenza post-vendita, la necessità di specifica manutenzione, ecc.; per taluni di essi, analiticamente individuati ed inseriti in apposite "liste nere", il giudizio di slealtà è presunto.

Se si intendesse enucleare un tratto tendenzialmente comune a tali informazioni, si noterebbe che la maggioranza di esse sia volta a preservare il consumatore nella sua persona o, al più, la sua sfera patrimoniale da possibili perdite.

8. La "sostenibilità sociale" nel quadro delle azioni ed omissioni ingannevoli

È a tutti nota la potenzialità espansiva della corretta informazione nel circuito concorrenziale ed è interessante notare come, soprattutto in ambito ambientale, si stia già riflettendo sull'altra faccia della medaglia, ossia sulla possibilità che la comunicazione commerciale punti proprio sulla crescente sensibilità dei consumatori rispetto ai citati "acquisti responsabili", per poter propagandare qualità ecologiche dei prodotti, non rispondenti al vero⁵⁸.

Questo profilo di indagine rientra in una dimensione patologica della comunicazione commerciale, al cui contrasto la stessa disciplina delle pratiche commerciali scorrette è diretta. Una simile condotta dovrebbe essere ancor più aspramente condannata, se volta ad una mendace o elusiva comunicazione in materia di protezione dei diritti umani⁵⁹.

Gli obblighi informativi vigenti attengono in prevalenza, come accennato, alla sfera di più immediato interesse del consumatore, ma a ben vedere, fra le prescrizioni

dopo, nel tentare di arginare questa debolezza intrinseca si è profuso, con modalità talora paternalistiche, soprattutto nell'ultimo decennio. La necessità di un'informazione qualitativamente corretta e selettiva, piuttosto che sovrabbondante e alluvionale resta un'esigenza prioritaria. Per una disamina delle più recenti tendenze in materia di obblighi precontrattuali di informazione, sia consentito rinviare a A. Addante, *Gli obblighi informativi precontrattuali nella Proposta di Regolamento per un "Diritto comune europeo della vendita"*, in questa *Rivista*, 2014, 1, 17-60.

⁵⁸ Il tema è da ultimo affrontato da M. Libertini, *La comunicazione pubblicitaria e l'azione delle imprese per il miglioramento ambientale*, in *Giur. comm.*, fasc. 3, 2012, pag. 331, il quale evidenzia che, al crescere della comunicazione ambientale d'impresa si è immediatamente contrapposto un movimento d'opinione spontaneo volto a "smascherare le ecobugie" (cd. *greenwashing*).

⁵⁹ In realtà è più difficile immaginare che la pubblicità di un'azienda punti sull'assenza di manodopera schiavistica, poiché il "consumatore medio" è portato a ritenere scontata tale circostanza. È tuttavia possibile che verta su singoli aspetti di impegno sociale dell'azienda medesima che potrebbero essere indebitamente enfatizzati. In questo senso, traslando quanto affermato in dottrina in materia ambientale, si condivide una linea rigida di interpretazione del messaggio pubblicitario, che dovrebbe essere garantita da un attento monitoraggio da parte dell'AGCM. Si v. in merito, Id., *op. cit.*, 331 ss., il quale esemplifica una serie di concrete ipotesi nelle quali la presunta qualità ecologica di un prodotto sia presentata in maniera iperbolica o distorta.

presenti nella novellata disciplina delle pratiche ingannevoli, ve ne sono talune idonee a travalicare tali obiettivi, per proiettarsi in una dimensione più vasta nella quale protezione del consumatore e correttezza degli scambi mercantili traggono reciproca linfa.

Fra queste, in ossequio ad una tendenza crescente ed oramai recepita dal legislatore positivo, deve segnalarsi “il mancato rispetto da parte del professionista di un codice di condotta” che il medesimo si è impegnato a rispettare (art. 21, 2, lett. b cod. cons.), con ciò rendendo chiaro l’intento di prendere in concreta considerazione aspetti di natura non meramente economica, seppur tra innumerevoli difficoltà applicative e di concreta attuazione⁶⁰.

L’adesione ad un codice di condotta comporta infatti, da parte del professionista, l’assunzione volontaria di un impegno – qualificato “come fermo e verificabile”⁶¹ – il quale, nell’ottica che qui interessa, potrebbe essere correlato alla protezione del lavoratore, alla tutela dell’ambiente, sovente imponendosi *standards* più rigidi di quelli previsti dalla normativa vigente nelle diverse materie richiamate dal codice⁶².

Un’autonoma assunzione di responsabilità è in grado di ingenerare nel consumatore finale la convinzione che il professionista adotti una linea di condotta ispirata al principio di solidarietà, a specifici convincimenti etici, a *best practices*, ingenerando così un precipuo affidamento nel menzionato impegno.

Può poi disquisirsi in merito all’effettivo rispetto di siffatti codici⁶³; al loro inquadramento in istituti più familiari alla nostra tradizione civilistica (quali la promessa unilaterale, la promessa al pubblico o il contratto a favore di terzo, ecc.) che, con modalità differenti, consentirebbero di prospettare la concreta vincolatività dell’impegno assunto dal professionista nei confronti della generalità del pubblico al quale si rivolge l’opera di pubblicizzazione o commercializzazione di un dato prodotto⁶⁴.

⁶⁰ Molte perplessità sono state espresse in dottrina in ordine alla mancanza di integrazione e fra *enforcement* pubblico e autodisciplina, F. Ghezzi, *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, fasc.4, 2011, pag. 680

⁶¹ In merito si punta l’accento non tanto sulla circostanza che gli impegni siano di “carattere dettagliato o circostanziato”, dovendosi aver riguardo “, ma piuttosto nella capacità delle espressioni adottate di suscitare un ragionevole affidamento nell’osservatore medio e di riferirsi ad atti o comportamenti suscettibili di avere una (qualche) concreta attuazione e di essere oggettivamente osservabili, S. Rossi, *Luci e ombre dei codici di impresa*, in *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di V. Di Cataldo – P.M. Sanfilippo, Milano, 2008, 31 e ss.

⁶² I codici in parola sono chiamati principalmente a svolgere una funzione deflattiva del contenzioso ordinario e amministrativo, ma potrebbero altresì assolvere al ruolo di individuare una serie di prassi che sfuggono alle previsioni normative, concretizzandosi in pratiche commerciali ancora non indagate o sottoposte all’attenzione del giudice. Su un possibile decalogo di funzioni ulteriori rispetto a quella deflattiva, si v. M. Strukul, *La variegata esperienza dei codici di condotta, tra diritto dei contratti e autodisciplina*, in *Obbl. contr.*, 2011, 10, 681 ss.

⁶³ Con specifico riguardo alla relazione con le pratiche in discorso, P. Fabbio, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 706.

⁶⁴ Il tema è stato affrontato secondo diverse angolazioni, *ex multis*, N. Irti, *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 694. Da ultimo sullo specifico rapporto fra codici di condotta e manodopera forzata, si v. F. Benatti, *L’impegno a non far ricorso al*

Il dato di fatto è che il loro recepimento nella disciplina delle pratiche in analisi non costituisce un elemento di valutazione neutro o trascurabile.

Un'ipotesi analoga potrebbe essere rappresentata dalla pubblicizzazione di un marchio che attesti (fra i vari profili) anche l'assenza di manodopera forzata lungo la catena produttiva (es. marchio cd. *fair trade*), laddove ciò non corrisponda al vero⁶⁵. L'ipotesi è assimilabile a quella prevista all'art. 23, lett. b) cod. cons., che si limita a menzionare il caso in cui si esibisca il marchio di fiducia o di qualità o altro equivalente, senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione⁶⁶.

Quid iuris, però, in mancanza di siffatta formale adesione?

Laddove il destinatario dell'informazione non possa appigliarsi ad un impegno falsamente dichiarato dal professionista e dunque si transiti dal terreno delle azioni ingannevoli a quello delle omissioni, è immaginabile che l'impresa risulti assai faticosa, quando non titanica.

La tentazione rispetto ad un'aprioristica rinuncia a garantire al consumatore un'informazione piena circa il sostrato giuridico e materiale che precede la mera commercializzazione di un prodotto è radicata, *a fortiori* laddove l'impiego di manodopera forzata, o di metodi di produzione contrari a regole di sicurezza del lavoratore o di salubrità degli ambienti di lavoro, sia effettuato all'estero.

Anche in questa direzione, in assenza del dettato legislativo, non può che operare il canone di lealtà e correttezza, poiché è altamente probabile che il consumatore odierno non orienti la propria scelta di consumo esclusivamente basandosi su valutazioni economiche, o al più di qualità del prodotto, ma possa essere egli stesso portatore di un bagaglio di convincimenti etici e solidaristici che lo inducano a preferire prodotti caratterizzati da un basso impatto sociale e ambientale.

forced labour nei codici etici e di condotta: dalla funzione premiale al vincolo giuridico?, Relazione tenuta a Roma, 9 maggio 2014 – *Impresa e forced labour*, cit. L'A., nel rimarcare la necessaria vincolatività dei codici, per i quali una mera funzione premiale sarebbe riduttiva, ricorda la centralità dell'affidamento che essi sono in grado di ingenerare nelle diverse categorie di soggetti che vengono in contatto con l'impresa.

⁶⁵ L'utilizzo di marchi *fair trade* è molto diffuso fra le multinazionali sempre più protese ad acquisire consensi – peraltro con imponenti campagne pubblicitarie – non soltanto in virtù delle qualità dei propri prodotti, ma anche in relazione al loro impegno nella salvaguardia dell'ambiente, della dignità della persona, nella promozione del miglioramento delle condizioni di lavoro, ecc. Altrettanto frequentemente accade tuttavia, che siano oggetto di denunce per aver con mendacio esibito tali marchi. Condotte esattamente contrarie a quelle dichiarate vengono sistematicamente perpetrate in singoli segmenti della filiera, generalmente in fase di estrazione delle materie prime. Eclatante è il caso della nota multinazionale *Victoria secret's*, i cui prodotti sono accompagnati dal marchio *fair trade*. Nel 2008, viene sporta denuncia per accertata violazione dei diritti umani e sfruttamento del lavoro minorile in *Burkina Faso*. Da quel momento pare che la multinazionale si sia limitata a rimuovere la dicitura *fair trade* dalle etichette dei propri prodotti provenienti dal tale Paese.

⁶⁶ In quest'ultimo caso, disquisendo in ordine al rapporto fra rimedi contro le pratiche commerciali e vizi del consenso, la dottrina ammette che vi sia un "minimo di attività complessa finalizzata a trarre in inganno e tale da consentire l'aggancio al rimedio dell'annullabilità del dolo", U. Perfetti, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, cit., 283.

Non è un caso che la domanda di prodotti provenienti dal cd. commercio equo e solidale sia in costante aumento; e ciò sebbene tale scelta sia ancora più radicale di quella che qui si prospetta.

È nondimeno presumibile, che in assenza di esplicite dichiarazioni o adesioni da parte dell'impresa, sia arduo far valere in giudizio una simile forma di responsabilità.

Questa strada potrebbe essere battuta se, nella nozione di “caratteristiche del prodotto” – richiamata in molteplici punti dal legislatore ed ora nel recentissimo decreto di attuazione della dir. UE 2011/83 sui diritti dei consumatori⁶⁷ – fosse incorporata anche la loro “sostenibilità sociale” e dunque la garanzia di rispetto dei diritti umani e fondamentali dei lavoratori nella produzione.

L'invocata tracciabilità lungo l'intera catena produttiva implicherebbe, nell'ottica delle pratiche commerciali sleali, che siffatte informazioni rientrino tra quelle ritenute *rilevanti*, ai sensi dell'art. 22 cod. cons. L'omissione di informazioni qualificate come rilevanti, infatti, minerebbe un corretto esercizio della propria libertà contrattuale.

La volontà sarebbe inquinata dall'assenza di un'adeguata, o persino ingannevole *disclosure* in ordine alla provenienza del prodotto, quand'anche ciò non pregiudichi un interesse strettamente economico del consumatore, ma violi il suo diritto all'integra formazione del suo consenso⁶⁸.

Consenso la cui tutela effettiva condurrebbe, non soltanto ad ampliare il ventaglio delle pratiche commerciali scorrette con vantaggio dei diretti destinatari, ma anche ad innescare, nel lungo termine, una virtuosa circolazione delle informazioni, a presidio di interessi ben più ampi della mera sfera individuale, in conformità a valori di solidarietà, proporzionalità ed utilità sociale⁶⁹.

La centralità della piena informazione e la conseguente enfasi sulla libertà di scelta, potrebbe implicare una rimeditazione delle pratiche in parola in chiave di illecito acqui-

⁶⁷ Rispetto alle caratteristiche dei prodotti, il consumatore ha diritto ad una piena informativa precontrattuale, anche nella contrattazione a distanza o fuori dai locali commerciali. V., in particolare, artt. 48 e 49, D. lgs. 21.02.2014, *Diritti dei consumatori, Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/17/CE. (14G00033)*, in GU 11.03.2014, n. 58

⁶⁸ Sulla prospettiva allargata cui bisognerebbe ancorare la disciplina delle pratiche commerciali sleali riflette, L. Rossi Carleo, *La libertà di scelta del consumatore finale di fronte alle pratiche commerciali*, in *I contratti dei consumatori*, cit., 120, la quale ribadisce l'utilità di ricercare anche in un codice, come quello di consumo, attento ai profili pragmatici microeconomici, “segnali utili a rinnovare e ad adeguare il sistema alla realtà, anche macroeconomica, di modo che si possa completare il passaggio dalla tutela dell'individuo-consumatore alla tutela dell'individuo-cittadino e la *persona* possa realmente godere dei suoi diritti di libertà”.

⁶⁹ V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 848, rimarca che, anche nel governo del regolamento contrattuale la tutela dell'iniziativa economica non possa essere dissociata da un esercizio “socialmente responsabile” della stessa; ossia in conformità a valori di solidarietà, proporzionalità ed utilità sociale.

liano⁷⁰. Questo risultato, pur con le dovute cautele, dovrebbe essere il frutto dell'enfasi sull'antigiuridicità del comportamento del professionista, peraltro sanzionato con un esplicito divieto, la cui colpevolezza è insita nella stessa slealtà della condotta, a prescindere dall'elemento dell'intenzionalità con cui viene posto in essere⁷¹.

Garantire un *quid pluris* informativo (qualitativo e non meramente quantitativo) rispetto ai contenuti imposti per via legislativa assolverebbe altresì ad una funzione correttiva del mercato stesso, conducendo alla progressiva espulsione delle imprese che, eludendo i controlli, infrangono la legge; e ciò sebbene gli ostacoli applicativi non manchino. Le tutele individuale e collettiva sono sovente frustrate da una serie di ragioni, ma non da ultimo dalle presumibili difficoltà probatorie, che scoraggiano a monte l'iniziativa.

Nondimeno è compito degli interpreti interrogarsi sulle vie percorribili, laddove siano in gioco i diritti degli ultimi, degli "esclusi", anche se ciò dovesse contrastare con le più remunerative logiche del profitto.

Naturalmente il tema richiede ben altro approfondimento e riflessione, ma sia consentita un'ultima considerazione, che, ancora una volta ricollegandosi alle parole del prof. Tucci, ci riporta alle affermazioni di *Thurgood Marshall*. *"Le strategie debbono essere completamente diverse da quelle che possono risultare vincenti nella tutela di interessi strettamente individuali e postulano (...) la figura di un avvocato – e qui si potrebbe aggiungere del giurista in generale – che sia in grado di assumere un ruolo sociale, perché le sue lotte processuali si coniughino con l'iniziativa politica e con la sollecitazione di adeguati e non occasionali interventi legislativi"*⁷².

⁷⁰ La Cassazione si è espressa a sez. unite, (Cass. civ. Sez. Unite Sent., 15.01.2009, n. 794 in *Giur. it.*, 2009, 12, 2641; in *Corr. giur.*, 2009, 6, 770; in *Danno e Resp.*, 2009, 8-9, 853; in *Nuova Giur. civ.*, 2009, 7-8, 1, 776) con riguardo al noto caso *British American Tobacco Italia*, in merito all'ingannevolezza della dicitura "light" apposta sui pacchetti di sigarette, indipendentemente dall'esistenza di una specifica disposizione o di un provvedimento che vieti l'espressione impiegata. Ha tuttavia precisato che il consumatore che lamenti di aver subito un danno per effetto di una pubblicità ingannevole ed agisca, ex art. 2043 c.c., per il relativo risarcimento, non assolve al suo onere probatorio dimostrando la sola ingannevolezza del messaggio, ma è tenuto a provare l'esistenza del danno, il nesso di causalità tra pubblicità e danno, nonché (almeno) la colpa di chi ha diffuso la pubblicità, concretandosi essa nella prevedibilità che dalla diffusione di un determinato messaggio sarebbero derivate le menzionate conseguenze dannose.

⁷¹ Gentili A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 65 e ss. afferma che l'autenticità della scelta negoziale del consumatore, minata dall'approffittamento della sua limitata razionalità, potrebbe essere valutata anche nella sua componente non patrimoniale. Il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale da pratiche commerciali sleali è molto controverso. Si rinvia, da ultimo, a Libertini M., *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, fasc. 4-5, 2011, 147, che ricorda, fra i pochi casi decisi dalla giurisprudenza, la tendenziale negazione in ordine alla possibilità che la lesione del diritto di informazione del consumatore, provocata da pubblicità ingannevole, costituisca in sé lesione di un diritto inviolabile della persona umana, Cass., 30 aprile 2009, n. 10120, in *Mass. Giur. it.*, 2009.

⁷² I coarsivi sono tratti da *Thurgood Marshall e l'"infame" ruolo della schiavitù negli Stati Uniti: un confronto con l'Italia e con l'Europa dei diritti*, cit., 153.



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2014	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2014	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 38,00

UBI  **Banca Carime**