

ANNO LXXIX - 2012

NUOVA SERIE A - N. 63

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1

Anonimo, *Nerik Mizzi Honoured in Urbino*, 5

HENRY FREND, *Nerik Mizzi in Italia prima della Prima Guerra Mondiale: gli anni della formazione*, 11

ANNA MARIA GIOMARO, *Ancora sul Tribunale di Urbino (La sua travagliata storia in relazione al rischio della soppressione)*, 49

MARIA LUISA BICCARI, *Tabella recante le modificazioni del circondario di Urbino dal 1860*, 87

LUIGI MARI, *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, 97

GABRIELE MARRA, *Legalità e legittimazione del diritto penale*, 119

VITTORIO PARLATO, *La legge 126/2012 relativa ai rapporti tra Italia e Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia e Malta*, 131

GIANPIERO SAMORÌ, *Società fiduciaria e legittimazione attiva dell'investitore fiduciante all'esercizio delle azioni di risarcimento danni nei contratti di investimento in strumenti finanziari*, 153

GIULIO VANACORE, *La contestazione della giurisdizione della Corte Penale Internazionale e dell'admissibility del case ad opera dello Stato non-Parte. Un approccio interpretativo alternativo e riflessioni di carattere politico-strategico*, 183

Direttore responsabile: STEFANO PIVATO

Comitato scientifico: MARCO CANGIOTTI, GABRIELE FATTORI, LANFRANCO FERRONI, HENRY FREND, GIUSEPPE GILIBERTI, GUIDO GUIDI, LUIGI MARI, LUCIO MONACO, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA

Redazione: VICTOR CRESCENZI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303250

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXXIX - 2012

NUOVA SERIE A - N. 63 unico

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

NERIK MIZZI HONOURED IN URBINO

On the occasion of the publication of Professor Henry Frendo's volume *Europe and Empire: Culture, Politics and Identity in Malta and the Mediterranean*, the University of Urbino invited the author to give a public lecture on 14th July based on its chapter four, which deals with the influences on Mizzi during his student days in Rome and Urbino, a pristine Renaissance city, before the First World War. Founded in 1506, this University, now with a student population of 20,000, is one of the oldest in Italy, initially a centre of excellence in jurisprudence.

Delivered at the Collegio Raffaello, where the romantic poet and Malaphile Giovanni Pascoli once went to school, Frendo's talk on the young Mizzi was chaired by Professoressa Anna Maria Giomaro, head of the faculty of civil law, and attended by two of the University's pro-rectors. Professor Frendo discussed Mizzi's fascination with Urbino and his subjects of study, his thesis, academic and journalistic contacts and publications, especially in his final year, before graduating there as a lawyer in 1912. His doctoral thesis dealt with the should-be rights at law of journalists in relation to editors, and of editors in relation to owners – topics which were considered to be quite innovative and seminal at the time, and which remain pertinent today.

It was at this stage and in such environs, Professor Frendo held, that Mizzi made bold publicly to demonstrate his early irredentist traits. One of the professors at Urbino in Mizzi's student days, the author Francesco Ercole, later became Minister of Public Instruction under Mussolini, and president of the Regia Deputazione per la storia di Malta in the 1930s, which commissioned Savelli's book on Maltese history.

Asked what were the main points made in his new book *Europe and Empire*, the speaker noted that apart from a well documented narrative from different archival sources including Italian ones, this called into question various historiographical assumptions relating to informal empire, civilizing missions, the theory of progress, assimilation, habeas cor-

pus, parliamentary democracy, national identity and the nature and aftermath of colonialism itself. Mizzi's court-martial, imprisonment and the ransacking of his newspaper office for words spoken in the legislature in 1917 and later his arrest and exile, without charge or trial, are a symptom of what went on in a so-called 'fortress', where signs of disloyalty or dissent to presumed norms were discouraged and risked being severely punished, as happened repeatedly in the 1930s and 1940s.

Entitled 'Enrico Mizzi: primo ministro maltese, studente urbinato', the occasion was featured prominently in sections of the Italian press, including *Il Resto del Carlino*, which has an audited daily circulation of 2,550,000. Giuseppe Giliberti, the professor of European and Human Rights Law, accompanied the guest lecturer to view a now framed portrait of Mizzi exhibited in the Rectorate, which was also visited by Commissioner John Dalli during a recent meeting on EU matters at the University. Professor Frendo, of the University of Malta, was appointed an editorial adviser to *Studi Urbinati*, a prestigious humanities quarterly founded in 1926.

ILLUSTRATIONS:



Foto n. 1. Professors Giliberti and Frendo in front of the framed Mizzi portrait at Urbino's Rectorate, next to the Aula Magna where Mizzi wore his toga as a graduand.

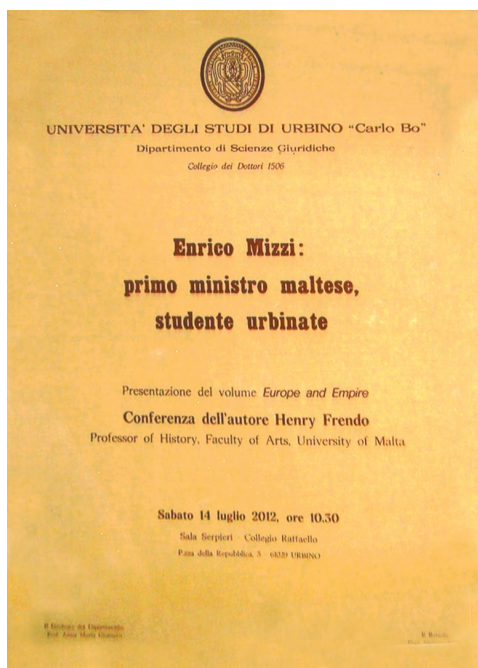


Foto n. 2. The speaker next to one of the large posters around the city announcing his talk.

Corriere Adriatico

Online
www.corriereadriatico.it

il Resto del Carlino SABATO 14 LUGLIO 2012

Il primo premier maltese fu studente a Urbino

LA CONFERENZA

Urbino

Oggi, alle 10.30, presso la sala Serpieri del Collegio Raffaello, in piazza della Repubblica, l'università degli studi di Urbino dipartimento di scienze giuridiche collegio dei dottori, presenterà il volume "Europe and Empire", conferenza dell'autore Henry Frendo, professor of history, faculty of arts, University of Malta. Il tutto si accentrerà sulla figura di "Enrico Mizzi, primo ministro

maltese, studente urbinato". Il 25 maggio scorso, nell'ambito delle celebrazioni per il Festival Internazionale della felicità, alla presenza del Commissario europeo per la salute e la politica dei consumatori John Dalli (maltese) e di Joseph Mifsud, presidente dell'Euro - Mediterranean University, nell'Aula Magna del Rettorato si è tenuta solennemente una commemorazione accademica di Enrico Mizzi, occasione per collocare una foto dell'ex primo ministro nella sala d'attesa del Rettorato. e.g.

La città ricorda Enrico Mizzi, studente urbinato e primo ministro della Repubblica di Malta

— URBINO —

OGGI il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Urbino, celebrerà dalle ore 10.30 nella sala Serpieri del Collegio Raffaello con una conferenza dal titolo «Enrico Mizzi: primo ministro maltese, studente urbinato», il padre della democrazia maltese. Per l'occasione sarà presentato il volume «Europe and Empire», con una conferenza dell'autore, il professor Henry Frendo.

Foto n. 3. Snippets from Italian newspapers reporting the event on 14th July.

HENRY FRENDU

NERIK MIZZI IN ITALIA
PRIMA DELLA PRIMA GUERRA MONDIALE:
GLI ANNI DELLA FORMAZIONE

Enrico Mizzi, morto nel 1950 quando era primo ministro di Malta, era popolarmente conosciuto come 'Nerik' ¹. Tra le due guerre mondiali, nel periodo in cui la spinta all'anglicizzazione dello stato traeva forza in proporzione della perdita delle libertà costituzionali, i giornali filo-britannici come *Bartolo's Chronicle* e *Strickland's Times* si sarebbero riferiti a lui chiamandolo ironicamente 'Henry', un nome in cui lui non si riconosceva. In realtà, a casa, sua madre, una Fogliero de Luna da Marsiglia, lo chiamava, alla francese, 'Henri'.

Già nel suo nome sembrava rappresentarsi e prendere corpo la contestazione linguistica, quella rivalsa di linguaggio che sarebbe stata comprensiva di ben altro in Malta, che sarebbe apparsa apparentemente infinita, che è infinita. Mi ricordo che, quando nei primi anni settanta il vecchio Gerald Azzopardi, un anziano operaio di cantiere e attivista dei Laburisti, con una particolare inclinazione letteraria, aveva iniziato ad interessarsi ai miei scritti pionieristici sul Sette Giugno ² e su Manwel Dimech ³, aveva creduto che, avendo preso il nome di Mizzi, non potessi

¹ Si tratta del testo della *Andrew P. Vella Memorial Lecture* 2009, tenutasi presso l'Aula Magna dell'Università di Malta, Valletta, il 6 Febbraio 2009 su invito della Società di Storia dell'Università di Malta. Il testo è stato poi pubblicato come opuscolo intitolato *Nerik Mizzi: The formative years* (2009).

² Il "Sette Giugno" è una delle feste nazionali di Malta. Essa commemora gli avvenimenti del 7 giugno 1919 quando le truppe britanniche spararono sulla folla disarmata che manifestava contro l'aumento del prezzo del pane in seguito a nuove tasse introdotte dall'Autorità britannica. Questo avvenimento rafforzò i sentimenti irredentisti della popolazione maltese (*N.d.r.*).

³ Manwel Dimech rappresenta la figura simbolica della rivolta di popolo contro la dominazione su Malta: riuscì infatti a creare un movimento popolare a favore dell'emancipazione intellettuale, politica e sociale del Paese. Nato a La Valletta il 25 dicembre 1860, dopo un'infanzia e una giovinezza molto travagliate, nel 1898 iniziò a pubblicare il suo primo giornale, *Il-Bandiera tal-Maltin* (in maltese *Bandiera di Malta*), che sosteneva l'indipendenza dal regime coloniale britannico. Successivamente pubblicò altri giornali e opuscoli, e viaggiò all'estero, ed ebbe contatti con altri movimenti di indipendenza e sindacalisti. Tornato definitivamente a Malta, nel

essere nient'altro che un convinto nazionalista. A lui, all'Enrico Mizzi primo ministro, senza dubbio era stato messo il nome da Sir Gerald Strickland⁴.

1911 fondò la *Xirka IX 'l-Imdawlin*, la Confraternita degli Illuminati, che rappresentava una sorta di combinazione tra un sistema di educazione degli adulti, un partito politico e un club sociale, cui l'anno successivo, 1912, cambiò il nome in *IX-Xirka tal-Maltin* (la Confraternita di Malta). Nel suo giornale proclamò ripetutamente la necessità di coltivare e di diffondere la lingua maltese come mezzo di identità e di istruzione collettiva, e adoperando un linguaggio irruente e vigorosamente oratorio, ma del tutto affine al parlare quotidiano, incitò i cittadini a insorgere contro il dominio straniero e a combattere per i diritti nazionali. La sua ideologia, ispirata a movimenti stranieri, ebbe durevoli ripercussioni, ma suscitò anche varie controversie a causa del modo in cui reagì contro le autorità britanniche (il 5 settembre 1914 era stato mandato in esilio a Sidi Bishr, vicino a Xatbi, in Alessandria) e contro le autorità ecclesiastiche (che gli avevano inflitto la scomunica nel 1911). Arrestato con l'accusa di spionaggio poco prima dell'inizio della prima guerra mondiale, passò gli anni fra il 1914 ed il 1921, in cui morì, in prigione o in campi di concentramento in Egitto, che era allora un protettorato britannico (*N.d.r.*).

⁴ Gerald Strickland, 1° Barone Strickland, 6° Conte della Catena, nacque a La Valletta, figlio di un ufficiale di marina Comandante Walter Strickland, e dell'italiana Maria Aloysia Bonnici. Eletto nel 1886 al Consiglio del governo di Malta, Strickland ha cominciato subito a prendere un ruolo attivo nella politica maltese. Nel dicembre 1887 ha accompagnato, il dottor Fortunato Mizzi (il padre di Enrico e fondatore del Partito Nazionalista maltese) per la prima Conferenza coloniale a Londra a presentare il programma di un'assemblea legislativa: la nuova Costituzione maltese del dicembre 1887 fu in gran parte costruita sulla base delle proposte comuni di Strickland e Mizzi. Presentatosi alle elezioni del 1888 con programma nazionalista a fianco di Fortunato Mizzi, Strickland cambiò immediatamente idea e, diventando l'anno dopo primo segretario del governo, fu il principale ispiratore della politica contraria culminata nel 1899 con un Order in Council che introduceva l'uso dell'inglese nelle Corti di giustizia per i sudditi britannici e con l'annuncio, in data 15 marzo 1899, dell'intenzione del governo britannico di sostituire entro 15 anni l'inglese all'italiano in tutte le pratiche legali (la minaccia fu ritirata nel 1902 per la resistenza dei Maltesi). L'anno successivo, nel 1889, fu nominato primo segretario, carica che ha ricoperto fino al 1902. Tornato a Malta nel 1917 dopo una parentesi politica (in cui fu governatore delle Isole Leeward nei Caraibi 1902-1904, governatore della Tasmania 1904-1909, e governatore della Western Australia 1909-1913) fondò il partito anglo-maltese nel 1921, e ne favorì subito dopo la fusione con il partito costituzionale maltese: il nuovo partito costituzionale ebbe dunque la sua guida. Dopo le elezioni del 1927, Strickland ha avuto la maggioranza in Assemblea legislativa ed è diventato capo del Ministero (il quarto Primo Ministro di Malta), carica tenuta fino al giugno 1930. Nel 1930 appunto lo scontro tra i vescovi cattolici (in particolare Mikiel Gonzi) e il Partito Costituzionale ha portato alla sospensione delle consultazioni intraprese con Londra. Tra il luglio 1932 e il novembre 1933, Strickland è stato leader dell'opposizione, e dopo la concessione di una nuova Costituzione, nel 1939, è diventato il leader della maggioranza eletta nel Consiglio di Governo (*N.d.r.*).

Queste presunzioni partigiane e grette, oggi meno frequenti, spesso tendono a dire di più sulla persona che le crea piuttosto che sulla persona che viene satireggiata. Quando pubblicai per la mia prima volta gli scritti di Dimech 40 anni fa, alcune persone mi chiesero infatti se era legato a me.

The young
Nerik Mizzi in
an autographed
studio photo
dedicated to
Dr Enrico
(‘Hennie’)
Frendo,
published (by
courtesy of
this author) on
the backpage
of *Heritage*
magazine no.
16 in November
1978.



Ma io avevo semplicemente preso il nome del mio nonno paterno Enrico, meglio conosciuto come 'Hennie', che in effetti era un amico di Mizzi. La fotografia del giovane Mizzi qui utilizzata (Foto n. 1) apparteneva a lui e aveva una dedica scritta nella parte inferiore "all'amico Enrico" – che è come dire da un Enrico ad un altro Enrico. Ad ogni modo il mio nonno, Hennie, si era presentato come candidato del partito laburista per la sua prima ed unica volta nel 1921, diventando per alcuni anni assistente segretario del partito e firmando il verbale esecutivo MLP in assenza di Gianni Bencini, un ex Panzavecchiano che era diventato uno dei fondatori della Camera del Lavoro ed il primo segretario generale della Camera del Lavoro fino ai primi anni trenta⁵. Non si deve dimenticare che nessun altro oltre a Mr Michele Gonzi⁶ aveva debuttato come senatore laburista nel 1921, senza dubbio intriso dei principi dell'enciclica *Rerum Novarum* ed altro.

I nomi, rappresentativi di lealtà politiche, erano determinati e cambiati dai contesti istituzionali, politici e culturali, tra cui i sistemi di istruzione e le pressioni esercitate dai coetanei. Mia madre una volta andò dalla Madre Superiore presso il convento di San Giuseppe dove dovevo entrare come studente per dirle di non iscrivermi come 'Henry', e di non chiamarmi 'Henry', che c'erano altri 'Henrys' ed 'Henriettas' nella famiglia, ma aveva preso il nome non da Mizzi ma da mio nonno, e che lei, la mamma, mi aveva sempre chiamato 'Henri': ma la monaca inglese aveva risposto senza esitazione che non le era possibile assecondare tale desiderio, che la scuola era una scuola inglese e l'allievo doveva avere un nome inglese.

In questo mio discorso, farò riferimento a Enrico Mizzi come Nerik.

Quali sono state le influenze formative su Nerik?

Nerik è nato a La Valletta da famiglia d'origine Gozo il 20 settembre 1885, che per strana e suggestiva coincidenza era la vigilia di quello che

⁵ Ho visto realmente le sue firme nei verbali della commissione, per gentile concessione di Alfred Sant, divenuto poi leader del MLP, nel cui ufficio sono conservati i volumi.

⁶ Il conte Michael Gonzi (1885-1984) fu un esponente di primo piano della Chiesa cattolica maltese, direttamente coinvolto nelle vicende politiche di Malta. Eletto senatore per il partito laburista maltese nella Assemblea legislativa del 1921 si è dimesso nel 1924 per essere ordinato vescovo di Gozo (quinto vescovo di Gozo), carica che mantenne fino al 14 ottobre 1943, quando divenne vescovo coadiutore di Malta e vescovo titolare di Lyrbe, e, tre mesi dopo, di Malta, essendo morto il titolare. Divenne poi arcivescovo nel 1944, quando Malta è stata elevata ad arcidiocesi. La sua posizione a fianco del partito laburista si deteriorò ben presto e il timore dell'influenza della Chiesa Cattolica in Malta lo portò spesso in posizioni antitetiche estreme con il governo in carica in diverse occasioni, nel 1948, nel 1956, nel 1958, nel 1961 (*N.d.r.*).

sarebbe diventato il giorno dell'indipendenza di Malta, quattordici anni dopo la sua morte.

Era figlio di Fortunato Mizzi, un avvocato fondatore del Partito Nazionale, altrimenti noto come *Pater Patriae*, e di Sofia Fogliero de Luna, una donna eccezionalmente cosmopolita e "linguisticamente talentuosa", con ascendenza o connessioni italiana, francese e spagnola. Da bambino, Nerik ha frequentato il seminario Gozo di conduzione religiosa (era retto da una Congregazione di Gesuiti), un istituto fondato nel 1866⁷ presso il quale molte illustri famiglie siciliane erano solite inviare i propri figli per la loro educazione.

In seguito frequentò il Flores College di Valletta, un Istituto di formazione privato, il cui fondatore e direttore, Salvatore Flores, che morì nel 1929, fu un celebre pedagogo, autore di molte opere scientifiche sul rapporto fra insegnanti e allievi, un umanista cristiano e un grande ammiratore di William Wordsworth⁸. Flores, uno dei primi ad apprezzare il valore dell'istruzione professionale e tecnica, scrisse nel 1897 che era necessario focalizzare l'attenzione sulle attitudini degli studenti e canalizzarne le conoscenze attraverso il sistema della scelta delle materie, che si sarebbe rivelato utile per la vocazione a cui era destinato un ragazzo⁹.

Nerik studiò poi arte e scienze presso l'Università di Malta, dove si laureò nel 1906.

Sul finire della sua adolescenza, Nerik era già attivo politicamente. Nell'agitazione generale anti-britannica e nelle riunioni nazionaliste di massa del 1901 fuori di Floriana, al culmine della guerra boera in Transvaal, troviamo Nerik che seguiva da vicino l'emergente partecipazione degli studenti in forme sempre più organizzate attraverso istituzioni come il Comitato Permanente Universitario, la Giovine Malta e la Società Dante Alighieri. Egli divenne un membro del club La Valetta, dove si svolsero le prime riunioni della Giovine Malta, e dove suo padre Fortunato fu nominato Presidente onorario. Egli certamente non sarebbe stato sordo alle grida appassionate (pronunciate senza dubbio in lingua maltese) che

⁷ J. BEZZINA, *Religion and Politics in a Crown Colony: The Gozo-Malta Story 1798-1864* (Bugelli, Valletta, 1985), p. 80, fn. 276.

⁸ R. MIFSUD BONNICI, *Dizzjunarju Bijo-Biblijografiku Nazzjonali* (Dipartimento ta' l-Informazzjoni, Valletta, 1960), p. 214.

⁹ R.G. SULTANA, *Education and National Development: Historical and Critical Perspectives on Vocational Schooling in Malta* ((Mireva, Msida, 1992), p. 108.

risuonavano in quelle riunioni, come ad esempio “Malta appartiene ai Maltesi!” o “Questa è la nostra terra!”¹⁰.

Mi soffermo ora sugli studi di Mizzi, sui suoi scritti e sui contatti che ebbe in Italia tra il 1907 e il 1912, specialmente presso l’Università di Urbino, nelle Marche, dove nel 2007 mi fu concesso pieno accesso ai fascicoli che presso gli Archivi dell’Università riassumono la vicenda studentesca di Nerik.

Venerdì 11 maggio 2007 sono stato invitato a tenere una lezione pubblica nell’Aula Magna della splendida Università di Urbino, su *Il nazionalismo culturale nel Mediterraneo ‘inglese’*, con particolare riferimento a Nerik.: luogo particolarmente suggestivo per questo discorso, dal momento che proprio in Urbino si era laureato in giurisprudenza nel 1912¹¹. Tuttavia, fino a quando non ebbi la fortuna di conoscere il Professor Giuseppe Giliberti, docente della cattedra di diritti umani e di fondamenti del diritto europeo ad Urbino, durante un Congresso Interuniversitario Mediterraneo nel 2006, nessuno a Urbino aveva mai sentito parlare del legame di quell’Università con Nerik, e ancor meno aveva sottolineato con giusta importanza il fatto che uno dei suoi studenti era diventato un primo ministro a Malta.

Essendo stato invitato a tenere quella lezione pubblica e poi a copresiedere un seminario sulle diverse forme dell’imperialismo, dal mondo antico al moderno, ho trascorso alcuni giorni ad Urbino per trovare maggiori informazioni su Nerik, seguendo i suoi percorsi: i suoi professori; gli scambi di corrispondenza relativi a lui; persino i suoi voti. Leggere la sua tesi; visitare e fotografare le sale e l’Aula Magna del ‘vecchio rettorado’, vicino al Palazzo Ducale, dove al tempo di Nerik i laureati erano soliti mettere la toga; imparare a conoscere la storia dell’Università e anche della stessa città; e in generale riscoprire quell’atmosfera dell’Alma Mater e dell’Italia per il periodo che Nerik vi ha vissuto e studiato quando aveva circa venticinque anni, sono state per me, maltese, emozioni di particolare valore. Il Rettore dell’Università di Urbino, il Professor Gio-

¹⁰ H. FREND, *Party Politics in a Fortress Colony: The Maltese Experience* (Midsea, Valletta, 1979, 2nd ed. 1991), pp. 121-122.

¹¹ La stessa Università ha pubblicato la mia monografia: *Colonialismo e nazionalismo nel Mediterraneo. La lotta partitica a Malta durante l’occupazione inglese; tra assimilazione e resistenza* in *Studi Urbinati*. La monografia è stata presentata il 30 Ottobre 2009, nella stessa Aula Magna, dall’allora nuovo rettore, Professor Stefano Pivato, e seguita da un dibattito accademico, con una grande fotografia di Mizzi a colori come sfondo. Per informazioni, si veda il sito dell’Università ‘Rettorato’.

vanni Bogliolo, uno scrittore di letteratura francese ben conosciuto, aveva preparato per me al mio arrivo un intero 'incartamento' di Mizzi, in gran parte manoscritti, desunti dagli archivi dell'Università.

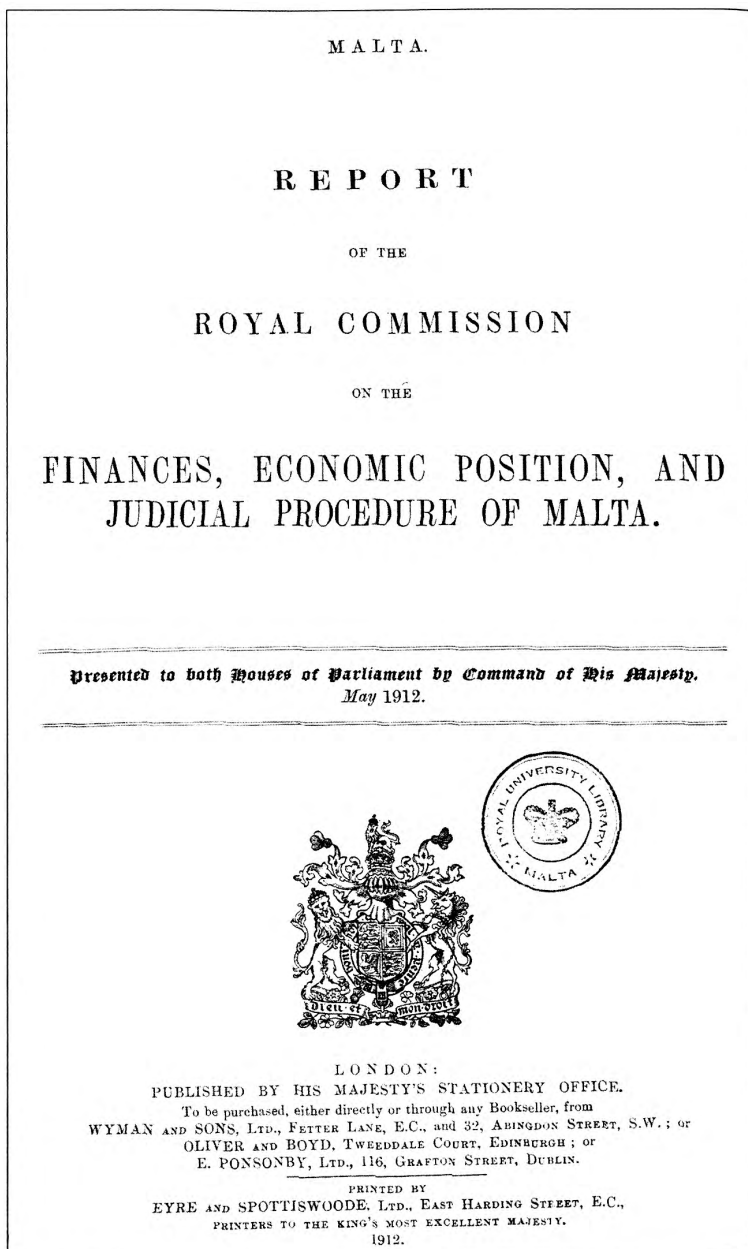
Così sono tornato a casa con una serie di fotografie e l'intera documentazione originale risalente alla laurea di Mizzi di novantasei anni prima, quella laurea sulla base della quale ottenne più tardi il mandato Maltese di avvocato¹².

Gli scritti di Mizzi quando era ancora in Italia, specialmente durante il suo ultimo anno, tra il 1911 e il 1912, sono senza alcun dubbio i più audaci e fecondi, che lo hanno marcato per il resto della sua vita. Aveva già conseguito una prima laurea a Malta, in arte e scienze. Ma l'aver trascorso cinque anni di vita e di studio in Italia dal 1907 al 1912, nel fiore dei suoi anni, prima a Roma, poi a Urbino, nel corso del decennio precedente la prima guerra mondiale, assai formativo per le grandi idee che agitavano l'Europa, non poteva che segnare un'influenza notevole su una mente già politicamente consapevole e vigile, alle prese con i problemi fondamentali di auto-identità, di riconoscimento di diritti civili e di politica internazionale. Ciò che esce principalmente da quegli scritti – in un momento in cui Malta era, per inciso, senza un governo rappresentativo, poiché il Consiglio di governo era stato revocato nel 1903¹³, e in grave crisi economica, come documenta il Rapporto della Commissione Reale del maggio 1912 (Foto n. 2) – è il profondo sforzo di Mizzi diretto a rivendicare a Malta la sua *italianità* e a collocarla in un contesto Mediterraneo centrale contro la presenza politica e militare britannica, che lui pensava fosse del tutto estranea alla cultura, ai costumi, alla geografia, al patrimonio, ai diritti stessi di Malta e dei Maltesi.

Basilare in questa tensione continua (una vera e propria "campagna militare") contro l'assimilazione e l'assorbimento dallo "straniero nordico" ("the Nordic stranger": nei confronti del quale i maltesi non doveva-

¹² H. FREND, *Urbino: In Nerik Mizzi's Footsteps*, in *The Sunday Times* (of Malta), 3 June 2007, pp. 58-59; *New-found alumnus premier*, *ibid.*, 10 June 2007, p. 63; M. LAURA ERCOLANI-PAOLO GIANNOTTI, *Il rettorato di Carlo Bo: un progetto per l'Università e per la città di Urbino (1947-2000)*, in *L'Università di Urbino 1506-2006*, I, *La storia* (2006), p. 67-92.

¹³ Nel 1903 Il Consiglio di governo rifiutò di approvare un decreto del 26 settembre 1901, che aveva introdotto il principio della "libera scelta" della lingua in cui dovevano essere tenuti gli esami d'ammissione al liceo e all'università, non solo l'italiano, ma italiano o inglese; fu sciolto; la costituzione liberale del 1887 fu abrogata e si tornò, in sostanza, all'ordinamento del 1849.



Economic decline and social hardship by 1911 led to a royal commission specifically to report on it

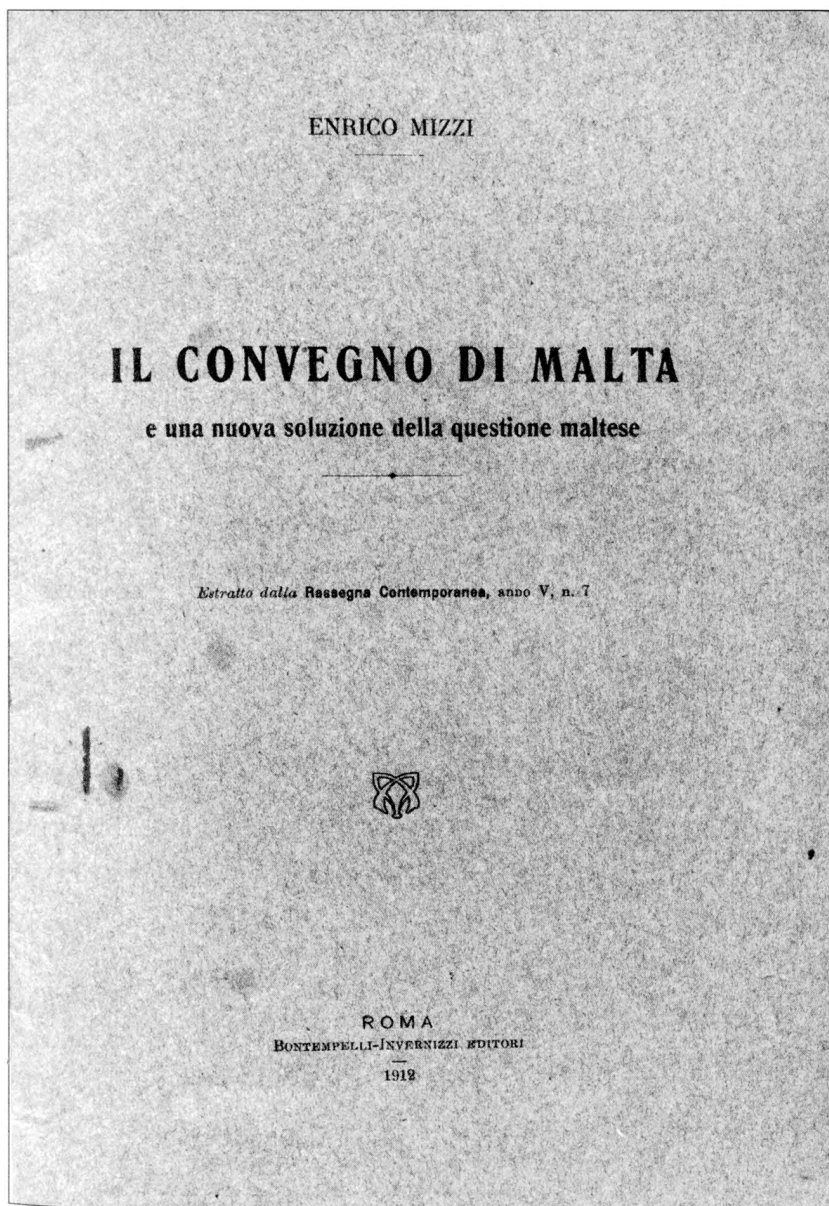
no sentirsi inferiori, non erano in alcun modo inferiori), fu un elemento (o almeno un pretesto) di *realpolitik*.

L'Occupazione italiana della Libia nel 1911 e la successiva intesa anglo-francese a fronte di una risorgente Germania sembravano suggerire, che, "imprigionata" tra la Sicilia e la Libia, una Malta 'Inglese' sarebbe stata assolutamente fuori luogo anche in ragione del fatto che, in ogni caso, la Gran Bretagna stava prendendo in considerazione di delegare alla Francia la supervisione del teatro mediterraneo. Da questa situazione concreta deriva quanto si legge nel suo lavoro del 1912, *Il Convegno di Malta e una nuova soluzione della questione maltese* (Roma, 1912) (Foto n. 3), in cui suggeriva piuttosto uno scambio tra due zone di influenza rispettivamente italiana (l'Eritrea, che era già italiana) e inglese (Malta appunto) ¹⁴.

Mizzi era in Urbino quando la Libia divenne 'un bel suol d'amore'. In tutta l'Italia, decisa a riscattare la recente umiliazione di Adua, si respirava un'aria densa di emozione, orgoglio, entusiasmi, polemiche, vieppiù rafforzate quando eventi esterni ne riscaldassero ancor più i vapori, come accadde – per quel che riguarda Urbino – allorchè un giovane laureato dell'Università urbinata fu ucciso nell'occupazione italiana della Libia.

Allora Rettore dell'Università di Urbino era il Professor Antonio Vanni (che morirà nel 1922), un professore di diritto romano. Secondo Laura Ercolani e Paolo Giannotti, che ne accennano nei due volumi di storia dell'Università, pubblicati dalla stessa Università nel 2006, Vanni fu "un uomo di sentimenti democratici". Le sue posizioni, e quindi le parole che le rappresentano, non avevano nulla a che fare con i toni esasperati del nazionalismo dominante. Lo si può verificare nel testo del discorso pronunciato in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico il 19 Novembre 1911, quando, ascoltato con attenzione dai suoi studenti, Vanni volle spiegare che oltre la patria c'era l'umanità, e che la sola difesa dei diritti nazionali non doveva però andare contro la solidarietà umana.

¹⁴ Nel suo periodo universitario, Mizzi è attivo nel giornalismo e nel gruppo romano dell'Associazione Nazionale Italiana e scrive su giornali come *l'Idea nazionale*, *il Corriere d'Italia* e *il Mattino*. Uno dei suoi articoli – *Il Convegno di Malta o una soluzione alla questione maltese* – gli porta molti guai. In questo articolo, Enrico avanza la proposta di fare uno scambio coloniale tra l'Inghilterra e l'Italia: la prima avrebbe dovuto prendersi l'Eritrea, mentre Malta, nelle sue intenzioni, sarebbe diventata uno stato federato al Regno d'Italia, con ampi diritti inglesi sul porto di Valletta. Per questo articolo, Enrico Mizzi dovette subire la corte marziale nel 1917 (condannato ad un anno di prigione, verrà poi graziato) (*N.d.r.*).



Offprints of Mizzi's article *Il Convegno di Malta* and *Malta Italiana*, both published during his time in Urbino in 1912 – the former in Rome's *Rassegna Conetemporanea* (anno V, n. 7), the latter in Torino's *Italia!* (Fascicolo no. 8)

Vanni accenna all'argomento della guerra libica che, come lui stesso disse, aveva profondamente ferito la nazione. Il giovane ucciso nella guerra era stato un suo allievo: ma la sua morte, nell'epoca funesta che la nazione stava attraversando, non poteva che ripercuotersi profondamente "sugli animi di tutti noi", e soprattutto su quelli dei suoi cari compagni, quegli studenti, che erano "la speranza della patria e che, con i prodi che combattono una guerra di civiltà e riaffermano nella terre africane l'antica virtù italica, <hanno> comuni gli ideali". Nella conquista perseverante degli ideali patriottici e civili cui si ispiravano le parole del Rettore, gli studenti sarebbero stati guidati dall'esempio del loro compagno. Una preziosa eredità quella lasciata dal suo esempio, che attraverso la sua commemorazione sarebbe diventata aspirazione sempre più intensa "al compimento dei vostri doveri verso la patria e verso l'umanità" ¹⁵.

Senza giungere a sostenere che le affermazioni e le frasi che si leggono negli scritti di Mizzi *La lotta per l'italianità di Malta* ¹⁶, ovvero anche *Malta italiana o L'Italia e la questione maltese* (Foto nn. 4 e 5) ¹⁷ siano stati suggeriti dal discorso del suo rettore, ciò che essi mostrano è principalmente lo stesso sentimento, hanno la stessa ispirazione. Tutti si accomunano per la stessa visione dell'occupazione: una guerra per la civilizzazione (una guerra di civiltà), riaffermando le vecchie virtù dell'Italianità (*l'antica virtù italica*); i giovani erano la speranza della patria nel perseguimento di ideali comuni (bisogna ricordare che Mizzi era stato coinvolto con la Giovine Malta sin dalla sua fondazione e molto probabilmente è stato una figura di spicco della Giovane Malta durante il Sette Giugno). La frase "dei vostri doveri verso la patria e verso l'umanità" potrebbe essere interpretata come presa direttamente da *I Doveri dell'uomo* di Mazzini, ma rimane dubbio se Mazzini avesse mai avuto tali suggestioni nella sua mente. I tempi erano cambiati e Mizzi si trovava nel bel mezzo di una ben diversa realtà ¹⁸.

Stando a Vanni – e Mizzi – c'era anche un dibattito in corso che doveva farsi più ampio e chiaro sulla mobilità sociale e su come rendere

¹⁵ Si veda *L'Universita' di Urbino 1506-2006: La storia-I saperi fra tradizione e innovazione*, pubblicato a cura di Stefano Pivato (2 volumi, 670 pagine) nel 2006.

¹⁶ E. MIZZI, *La lotta per l'italianità di Malta* (Roma, 1911), estratto da *L'Idea Nazionale*, 8 Mar. 1911, un settimanale che vide la luce il 1 marzo 1911 (N.d.r.).

¹⁷ E. MIZZI, *Malta Italiana* (Torino, 1912), estratto dalla rivista mensile *Italia!*, (fasc. 8), pubblicato sotto gli auspici della Società Nazionale Dante Alighieri, p. 8 (N.d.r.).

¹⁸ Si veda H. FRENDO, 'I Doveri dell'Uomo: Mazzinian Influences on Maltese Nationalism under British Rule', *Malta and Mazzini: Proceedings of History Week* (Malta Historical Society, Valletta, 2007, ed. S. Mercieca), pp. 37-46.

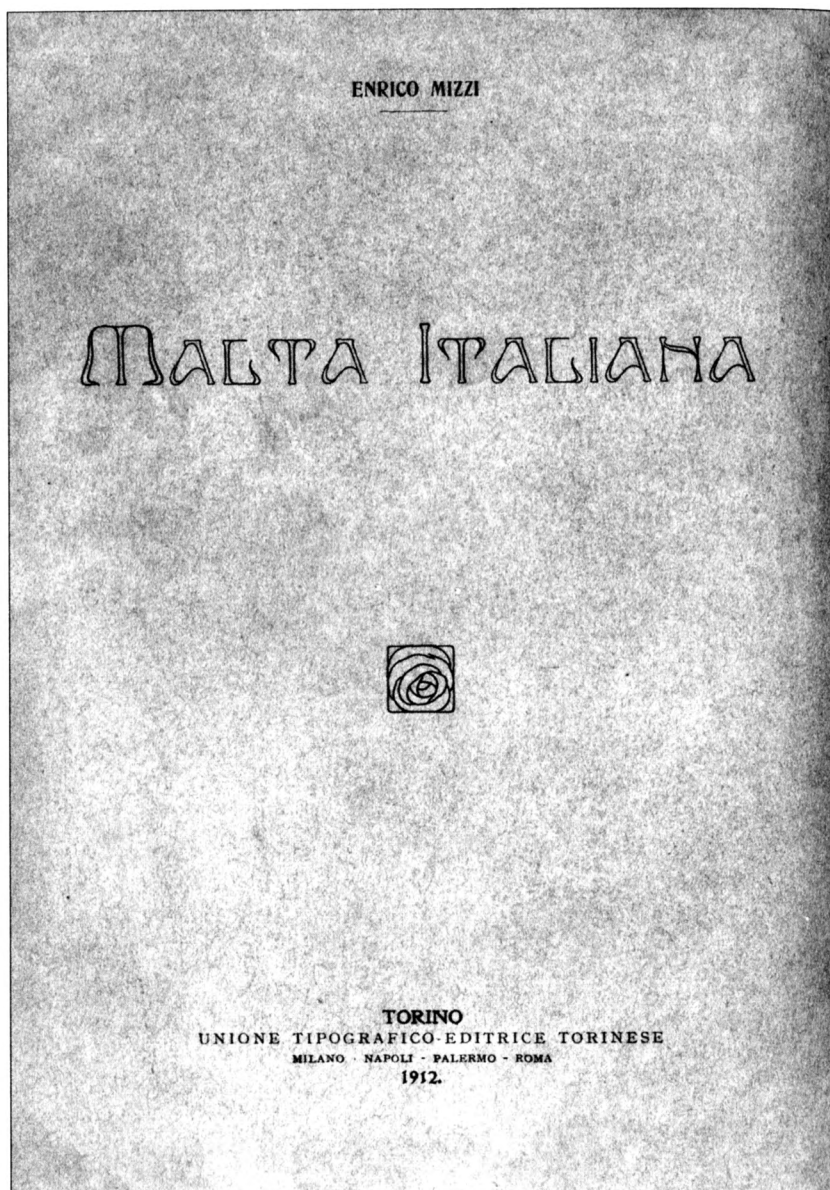
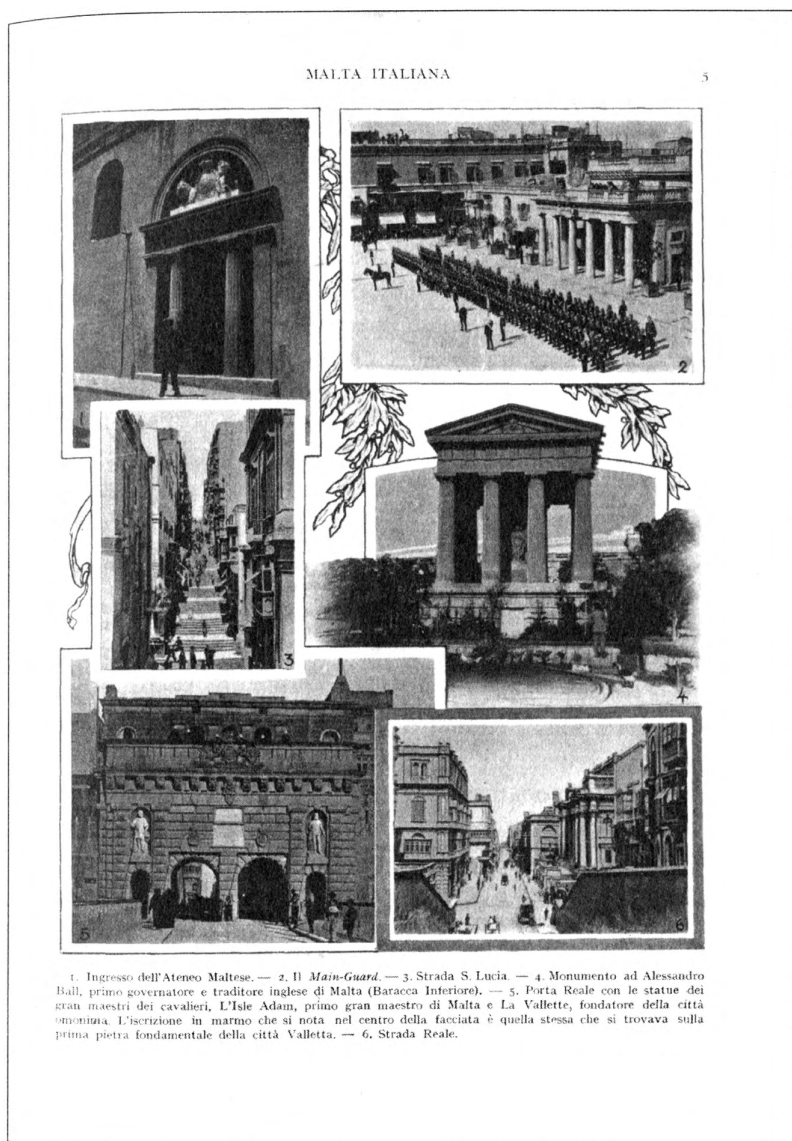


Foto n. 4



1. Ingresso dell'Ateneo maltese. — 2. Il Main-Guard. 3. Strada S. Lucia. — 4. Monumento ad Alessandro Ball, primo governatore e traditore inglese di Malta (Baracca Inferiore). — 5. Porta Reale con le statue dei gran maestri dei cavalieri, L'Isle Adam, primo gran maestro di Malta e La Vallette, fondatore della città omonima. L'iscrizione in marmo che si nota nel centro della facciata è quella stessa che si trovava sulla prima pietra fondamentale della città Valletta. — 6. Strada Reale

l'educazione accessibile anche alle classi più povere e disagiate: "far partecipare le classi popolari", "questa fortunata Alga delle classi umili", "un vasto continuo contatto coi figli del popolo".

Nel 2006 Urbino ha celebrato 500 anni da quando la sua prima e più famosa facoltà, quella di Giurisprudenza, venne avviata nel 1506. Nonostante che Mizzi fu probabilmente l'unico non-italiano nel campus universitario urbinato negli anni difficili prima della prima guerra mondiale, la presenza e la sua integrazione nella compagine cittadina non fu difficile in quanto Urbino è sempre stata una città relativamente piccola, con gli ultimi edifici della città costruiti nel XVIII secolo. Nel 1911-12, quando Mizzi era lì ad Urbino, la popolazione studentesca era di 420 studenti, dei quali 349 a giurisprudenza (oggi la popolazione studentesca è di ca. 18.000 studenti).

La stessa Urbino influenzò Mizzi. Urbino era più compatta e intima di Roma, con un suo tipico *ethos*: una splendida personificazione del passaggio dal Medioevo al Rinascimento. Il genio italiano qui si esprimeva al meglio, difficile da eguagliare, e circondato da un ambiente naturale mozzafiato. In quei dintorni non era necessario alcuno sforzo eccessivo per dubitare di qualsiasi ipotesi di una superiorità britannica o di una sua missione civilizzatrice nell'"ultimo lembo d'Italia". Evidentemente, secondo Mizzi, la Gran Bretagna e il suo impero anglosassone non tenevano testa all'Italia e alla conquista latina.

Quando si considera Urbino e la sua posizione di splendore del Rinascimento e dell'intera regione, il personaggio più famoso fu certamente il Duca Federico da Montefeltro (1422-1482) e la seconda moglie di lui, Battista Sforza, immortalati nei dipinti di Piero della Francesca, ora agli Uffizi di Firenze. Il ducato e le sue città soggette furono incorporati nello Stato Pontificio nel 1626, fino a quando nel 1860 divennero parte del Regno d'Italia. In gran parte grazie alla famiglia dei Montefeltro, Urbino fu dunque un'importantissima città rinascimentale ed ancora oggi rimane un centro d'arte di fondamentale importanza. In mostra al Palazzo Ducale c'è "La Muta" di Raffaello, che alcuni paragonano alla Monna Lisa di Leonardo – accanto, per esempio, al "David con la testa di Golia" di Guido Reni –; anche altri importanti dipinti hanno come tema centrale Urbino, come per esempio in particolare la disinibita "Venere di Urbino" di Tiziano.

Nel confrontare la bellezza e l'abbigliamento (particolarmente "serioso") della donna mediterranea, da La Valletta a Siracusa, da Tripoli a Tunisi, con i cappotti neri e rossi dei soldati britannici e i loro futili bastoni, l'immaginazione di Mizzi torna ovviamente ad Urbino.

Ricordando con romantica nostalgia la faldetta¹⁹ e con commossa adesione, Mizzi citò lo scrittore francese Renè Bazin, il quale aveva chiesto se non fosse stata questa appunto (la faldetta o *ghonella*) che aveva ispirato l'Urbinate a dipingere il velo ondeggiante della Madonna Sistina, con Gesù bambino in braccio (Foto n. 6). E chi era l'Urbinate? Non c'è stato nessun altro artista con quel nome: era Raffaello. Urbino era e rimane, "la patria di Raffaello". La sua casa di famiglia e luogo di nascita, ora museo, è conservata nelle condizioni di allora, di quando il piccolo Raffaello cresceva alla scuola del padre, e alla scuola dell'incanto pittorico della natura di Urbino.

In realtà le parole di Bazin, come riprodotte con grande ammirazione da Mizzi, furono queste: "Si è forse l'Urbinate ispirato alle grazie della *faldetta* nel dipingere la sua immortale ed preziosa Madonna della Cappella Sistina?" (*Malta Italiana*, Torino, 1912, p. 6, col. i). Il riferimento qui potrebbe essere sia alla "Madonna Sistina" di Raffaello, che è conservata nella Gemaldegalerie Alte Meister di Dresda; sia alla "Madonna con il Bambino" dello stesso Raffaello, del 1512, altrimenti nota come la "Madonna di Foligno", che i francesi avevano preso a Parigi durante la loro occupazione, ma che è andata al Vaticano nel 1816 (ed è conservata nella Pinacoteca Vaticana, non nella Cappella Sistina).

Nella visita al Palazzo Ducale si può ammirare un altro dipinto significativo per un maltese, che è quello raffigurante il Trattato di Tolentino del 1797, in cui Papa Pio VI, nella vana speranza di impedire la discesa delle truppe di Napoleone sullo Stato Pontificio e sulla stessa Roma, cede con una firma a Napoleone Bonaparte grandi ricchezze della Chiesa situate a nord di Roma, oltre a dei terreni, a dei diritti e ad un indennizzo. Questo accadde un paio di mesi prima dell'inizio della spedizione egiziana di Napoleone, e conseguentemente della conquista di Malta, e prima delle reazioni italiane contro la Francia che presto seguirono gli eventi del 1798 (e che ebbero ripercussioni anche nella storia di Malta).

Bisogna tener conto di questo background urbinato, e di questi spirituali rapporti con Malta. Altrettanto interessante è, del resto, il riferimento che Mizzi fa nel 1912 (*ibid.*, p. 1, col. ii) ai Maltesi come "Giobertiani

¹⁹ Faldetta, o *ghonella*, è l'ampio lembo del mantello femminile tipico delle donne maltesi che veniva rialzato, a cappuccio, sulla testa della donna che l'indossava: era generalmente di cotone o di seta, nero o di altro colore scuro (ma a partire dal XVI secolo non mancano faldette a colori vivaci particolarmente nella nobiltà) con la parte superiore rigidamente inamidata (o anche rinforzata da stecche) a incorniciare il volto femminile di fascino e di mistero (*N.d.r.*).



Foto n. 6

nati”: questo riferimento può derivare dal fatto che era stato proprio Gioberti a proporre il Papa come re d'Italia durante il movimento di unificazione, molto probabilmente a causa di una persistente nostalgia per il “Papa Re”. Oppure questa espressione derivava semplicemente da un tentativo di comporre le contestazioni con gli inglesi da questo punto di vista, ricordando, cioè, che l'italianità Maltese nasceva dalla tradizione, non voleva essere assolutamente rivoluzionaria, papista e monarchica. O forse, più semplicemente, ciò che Mizzi davvero intende era che a Malta, così come in Italia, lingua e religione erano intrecciate al punto che i maltesi non riuscivano davvero a separare l'una dall'altra.

Ma perché Mizzi ha lasciato Roma e ha scelto di andare a finire gli studi a Urbino? Se è vero o no che abbia avuto qualche litigio con uno dei suoi professori a Roma, come è stato suggerito pur senza prove, comunque il suo trasferimento da Roma a Urbino è stato perfettamente regolare. Il suo libretto d'iscrizione all'Università reale degli Studi di Roma, consegnato poi ad Urbino, conteneva una descrizione dettagliata di tutti i corsi che Mizzi aveva seguito ogni anno dal 1907 al 1910, quattro anni in tutto, con i nomi e le firme di tutti i professori che avevano tenuto gli insegnamenti. I corsi includevano anche una Storia della Letteratura Italiana, ma per il resto erano tutte materie di diritto.

Ad Urbino, non meno che a Roma, Mizzi si è iscritto certamente in piena libertà e coscienza: in base alla sua esplicita richiesta scritta, a Urbino è stato trasferito tutto il suo incartamento, con tutti i documenti allegati (compreso il primo diploma conseguito a La Valletta).

Mizzi era stato ammesso alla Regia Università di Roma il 27 febbraio 1907. Su parere della Facoltà di Scienze e Letteratura di Roma, il Ministero della pubblica istruzione con una lettera del 17 giugno 1907 gli aveva riconosciuto la laurea conseguita in Scienze e Letteratura presso l'Università di Malta.

Per quattro anni Nerik aveva frequentato regolarmente i corsi, al termine dei quali aveva superato tutti gli esami nelle seguenti nove materie:

Istituzioni di Diritto Romano,
Storia del Diritto Romano,
Diritto Amministrativo,
Scienza dell'amministrazione,
Diritto Costituzionale,
Diritto e Procedura Penale,

Diritto Internazionale,
Medicina Legale e
Filosofia del Diritto ²⁰.

Per ottenere il trasferimento si doveva motivare, e l'Università di appartenenza doveva accettare le motivazioni. Ciò si verificò dunque nel caso di Mizzi: il 28 dicembre 1910 egli richiese il trasferimento dall'Università romana a Urbino per continuare lì i suoi studi. E lì, dopo aver regolarmente frequentato i corsi ad Urbino durante l'anno accademico 1911/12, Mizzi superò gli esami nelle seguenti sette materie:

Istituzioni di Diritto Civile,
Diritto Civile,
Procedura Civile,
Diritto Commerciale,
Diritto Romano,
Diritto ecclesiastico e
Storia del Diritto Italiano.

Nella vita e nell'impegno accademici, così come Borg Olivier ²¹ e Mintoff ²² diventato premier dopo di lui, Mizzi non era "una stella splendente"; ma, come loro, aveva tirato fuori il meglio di sé, impegnandosi in attività extra-curricolari e in tempi difficili. Il suo voto medio fu 21 (tra il

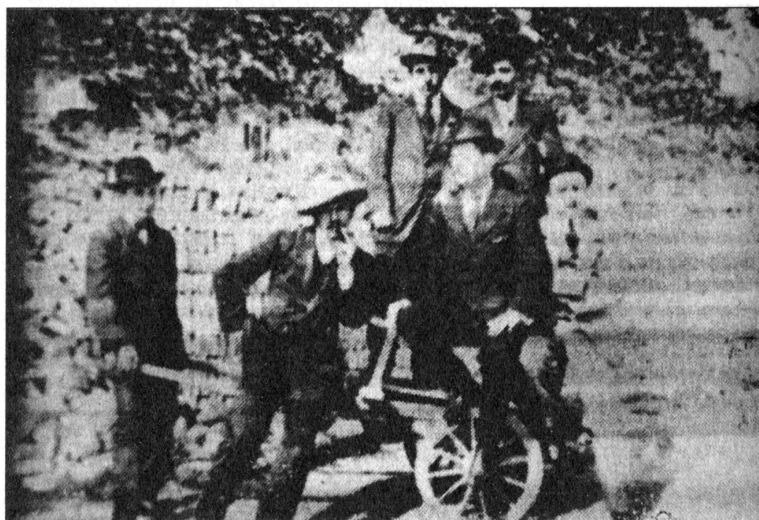
²⁰ Il Regolamento della Facoltà di Giurisprudenza vigente nell'anno 1907 era il Regolamento Nasi (13/3/1902), il quale all'art. 2 prevedeva: "*Nelle facoltà di giurisprudenza si danno i seguenti insegnamenti: 1. Introduzione allo studio delle scienze giuridiche e istituzioni di Diritto Civile. 2. Istituzioni di Diritto Romano. 3. Diritto Civile. 4. Diritto Romano. 5. Diritto Ecclesiastico. 6. Diritto e Procedura Penale. 7. Diritto Commerciale. 8. Diritto Costituzionale. 9. Diritto Amministrativo e scienze dell'amministrazione. 10. Diritto Finanziario e Scienze delle Finanze. 11. Diritto Internazionale. 12. Procedura Civile ed Ordinamento. 13. Storia del Diritto Romano. 14. Storia del Diritto Italiano. 15. Filosofia del Diritto. 16. Economia politica. 17. Statistica. 18. Medicina Legale. Saranno inoltre professati corsi di pratica forense civile penale e commerciale*" (N.d.r.).

²¹ Giorgio Borg Olivier (1911-1980) è stato un politico maltese, Capo del Partito Nazionalista Maltese dal 1949 fino al 1977 e Primo Ministro di Malta nel periodo coloniale dal 1950 al 1955 ed ancora, dal 1962 al 1971 (N.d.r.).

²² Domenico Mintoff, conosciuto anche come "Dom" Mintoff (1916-2012), è stato Capo del Partito Laburista Maltese dal 1949 fino al 1984: fu Primo Ministro di Malta nel periodo coloniale dal 1955 al 1958, e ancora, dopo l'indipendenza, dal 1971 al 1984 (N.d.r.).



Nerik Mizzi with a fellow student
while studying at Urbino, 16 July
1912



Nerik Mizzi photographed with fellow students at Urbino in 1912 (from Michael Galea's biographical writings (1975, 1990) after his voluntary transfer from the University of Rome

più basso, che era 18, ed il più alto, che era 30)²³: la sua materia preferita era certamente diritto civile, che in Urbino lo ha ampiamente soddisfatto. Ma nel caso di Nerik, va detto che in quegli anni egli diede un contributo piuttosto importante ai principali quotidiani e riviste italiane, inserendosi con vivacità in tali ambienti.

Non c'è alcun dubbio che la Libera Università di Urbino si sia affermata e sia diventata famosa per la sua facoltà di "legge". Del resto negli anni di Mizzi la Facoltà di Giurisprudenza era la sola facoltà attiva nell'Università di Urbino, accanto ad una Scuola di Farmacia e di Ostetricia. Il numero di studenti iscritti alla facoltà di legge era costantemente in aumento di anno in anno. Inoltre, a quel tempo, Urbino era a sole tre ore di viaggio in treno da Roma (oggi non lo è più; la linea ferroviaria è stata interrotta nel 1984). In ogni caso Mizzi era già stato a Roma per quattro anni.

Secondo Michael Galea che scrisse una sua biografia 33 anni fa, pubblicata in forma anonima, in 85 pagine in lingua maltese, basata più sui ricordi che sui documenti, Nerik visse prima presso l'Albergo Italia, poi si trasferì nella più modesta Pensione Mercatale²⁴. Il primo albergo ancora esiste e si trova vicino al teatro, a meno di 300 metri dalla Facoltà di giurisprudenza, lungo la strada per la Piazza della Repubblica. Il Piazzale Mercatale, dove si trovava la pensione di Nerik, è appena fuori le mura all'ingresso della città; oggi qui c'è il capolinea degli autobus e un parcheggio, ai tempi in cui Mizzi percorreva le vie di Urbino il "Mercatale" era il luogo per il mercato principale della città.

Ancora interessante, suggestiva, e finora trascurata è una fotografia che mostra Nerik a Urbino nel 1912 sopra un carretto con cinque compagni: tutti indossano, come tipico di quel periodo, il completo giacca e pantaloni, e cappelli, per apparire più sportivi. Nerik ha un bel paio di baffi, come potevano andare di moda nel periodo. Un'altra lo mostra con un collega a Urbino nello stesso anno (Foto n. 7).

La firma a malapena leggibile nella parte superiore della prima pagina della tesi di Nerik è quella dell'ordinario (professore a tempo pieno) di diritto civile, Mario Ricca Barberis, che a Urbino ha insegnato anche

²³ Così mi è stato spiegato dal professor Giuseppe Giliberti, che insieme a me ha visionato l'incartamento'.

²⁴ Anonimo, *Nerik Mizzi. Il-Hajja ta' Patrijott Malti* (Valletta, 1975); vedi anche M. GALEA, *Nerik Mizzi: Tifkeiriet* (Pin, 1990).

“istituzioni di diritto romano”²⁵. Ma quello che è forse più interessante è il fatto che Urbino ebbe un nuovo professore di “pratica civile”, a cui Mizzi fece riferimento per le ricerche sulla materia della propria tesi di laurea [come poi vedremo, questa tratta essenzialmente le moderne libertà giornalistiche considerate sia dal punto di vista giuridico (legislativo) sia dal punto di vista pratico, considerando sia ciò che è tutelato da contratto sia ciò che trova tutela in altro modo]. Il suo nome era Ruggero Luzzatto, il quale si recò per la prima volta in Urbino nell’anno accademico 1910-1911 e lì rimase fino al 1921. Il Professor Luzzatto è stato descritto dalla Professoressa Anna Maria Giomaro di Urbino, co-editrice della prestigiosa rivista *Studi Urbinati* di scienze giuridiche, politiche ed economiche, come: “studioso schivo e appassionato, non volle mai esercitare la professione d’avvocato, neppure divenire consulente o arbitro, per poter dedicare tutte le proprie forze alla scuola e a una lunga attività scientifica, e che ha lasciato lavori giuridici importanti e originali...”²⁶.

Un altro docente dell’Università di Urbino di quegli anni, che avrebbe avuto particolare fama e risonanza più tardi, fu il professor Francesco Er-

²⁵ Come professore universitario Mario Ricca Barberis (1877-1959) divise i suoi interessi fra il diritto civile e il diritto processuale, chiamato sul diritto civile nelle università di Urbino, Perugia, Sassari, Messina, Modena e Parma, e diritto processuale civile nelle università di Genova e Torino. Era giunto a Urbino nel 1907 per insegnarvi il diritto civile e le istituzioni di diritto romano, due materie che, soprattutto in quegli anni all’inizio del secolo XX, e immediatamente a ridosso della promulgazione del codice tedesco BGB, si presentavano spesso come complementari l’una all’altra. Nella Relazione pronunciata dal Rettore Vanni per l’inaugurazione dell’a.a. 1907-08 si legge una interessante informazione circa l’attività di Ricca-Barberis (come docente e come avvocato) e, in genere, della Facoltà giuridica urbinata: “e qui aggiungerò con soddisfazione che, – prevenendo in tal modo un voto del Congresso universitario di Ferrara, – si poté istituire per gentile esibizione del professore Ricca-Barberis il corso complementare di pratica civile, che fu assai accetto agli studenti e da essi frequentato in buon numero e con encomiabile diligenza” (p. 1145). Nel 1912 vinse un concorso di diritto civile tenuto presso l’Università di Camerino, ma vi rinunciò. Accettò invece il trasferimento a Perugia l’anno successivo: A lui succede a Urbino Ruggero Luzzatto, che evidentemente aveva “preparato” questa “successione” ricoprendo nell’ultimo anno il corso di pratica civile (N.d.r.).

²⁶ Così A.M. GIOMARO, *La formazione del giurista nel XIX e nel XX secolo: il caso della “Libera Università di Urbino”*, in corso di ultimazione. Ruggero Luzzatto (1878-1957) fu figura di spicco nel panorama del diritto civile italiano. Dopo il periodo di insegnamento a Urbino, dal 1909 al 1921, si portò a Ferrara, a Cagliari, a Genova. Al contrario del Ricca-Barberis, e nonostante questi inizi urbinati sulla “pratica civile” non esercitò mai la professione forense preferendo spendersi sulla ricerca e l’interpretazione pura. I suoi studi più importanti riguardano la comproprietà e l’assenza in cui dimostra ampie doti e originalità (N.d.r.).

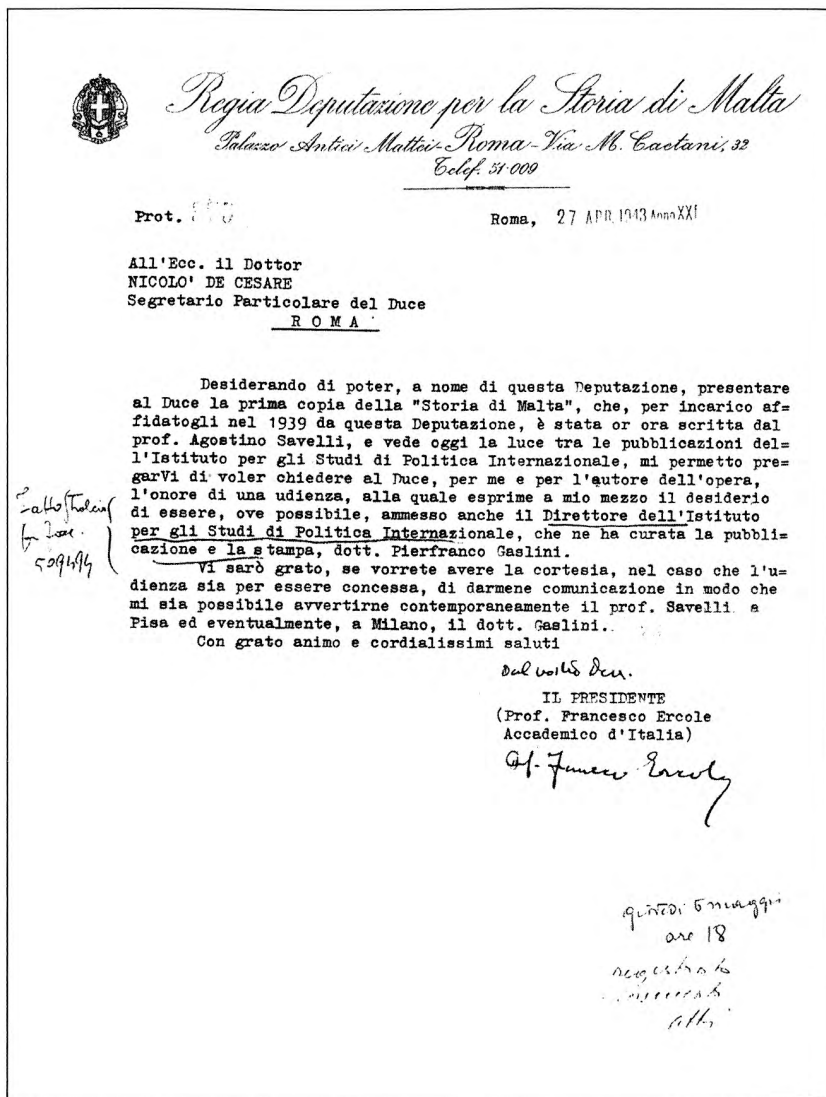
cole, che insegnava “filosofia del diritto” e “storia del diritto italiano”²⁷. Egli avrebbe potuto essere ancor più di uno spirito gemello o di un mentore per Mizzi in un momento in cui si stava formando il Partito Nazionale Italiano di Enrico Corradini²⁸; Mizzi è stato sicuramente vicino a questo partito e molto coinvolto con il suo organo *L'Idea Nazionale*²⁹.

Nel 1928 Ercole avrebbe pubblicato a Roma un importante testo di analisi politica, *Dal Nazionalismo al Fascismo*, sulla transizione dal nazio-

²⁷ È nota la posizione politica che assunse Francesco Ercole nell'Italia fascista, di cui fu deputato negli anni dal 1929 al 1939, e poi ministro dell'Educazione nazionale (1932-35). Aveva iniziato i suoi studi approfondendo gli aspetti della storia del diritto privato e in particolare degli sviluppi applicativi e delle alterazioni del diritto romano nel Medioevo, in particolare in tema di dote (*La dote romana negli statuti di Parma*, Parma 1908; *Vicende storiche della dote romana nella pratica medioevale dell'Italia superiore*, Roma 1908; *Il diritto delle persone e il diritto di famiglia nel cod. civile parmense*, Milano 1912). E accanto a questa attività di ricerca aveva iniziato quella didattica in qualità di docente universitario di storia del diritto italiano presso la libera università di Urbino, dove rimase dal 1912 al 1914. Gli avvenimenti dell'epoca, l'imminente scoppio della prima guerra mondiale, lo videro partecipe su posizioni interventiste che espresse sulle colonne della *Idea nazionale*. Sarà solo a Palermo, dove l'Ercole si trasferì nel 1920, che si venne incentivando il suo impegno politico nel partito nazionalista. Mentre proseguiva un'ampia produzione scientifica nella storia del diritto e delle sue fonti (su cui non è il caso qui di soffermarsi), Francesco Ercole saliva gli alti scalini delle più alte cariche nello Stato fascista. Nel settembre 1924 fu nominato da parte di Mussolini membro di una commissione di 15 persone, presieduta da Giovanni Gentile, col compito di studiare le riforme istituzionali da apportare al regime statutario, in sintonia con l'avvento del fascismo. Nel contempo entrava a far parte della commissione per la riforma delle leggi ecclesiastiche del Regno, costituita da Alfredo Rocco. E interveniva in più occasioni nel dibattito intorno ai caratteri del partito fascista, con scritti e discorsi raccolti nel volume *Dal nazionalismo al fascismo* (Roma 1928). È interessante in questa sede in particolare il suo volume su Giuseppe Mazzini, poi pubblicato a Urbino nel 1938, in cui con una discutibile interpretazione storica crede di trovare le radici del fascismo unitario e antidemocratico nella concezione del primato del Gioberti federalista come nel Mazzini democratico (N.d.r.).

²⁸ Enrico Corradini (1865-1931) è scrittore e politico, esponente di punta del nazionalismo italiano. Autore dannunziano, nel 1903 fonda con Giovanni Papini, Vilfredo Pareto e Giuseppe Prezzolini la rivista *Il Regno*. Nel 1911 con la collaborazione di Alfredo Rocco e Luigi Federzoni diede alle stampe il settimanale *L'Idea Nazionale*, che appoggiava le campagne dell'espansionismo coloniale italiano in cui elaborò una teoria nazionalistica nutrita di populismo e di corporativismo. Terminata la prima guerra mondiale, di cui era stato vivace fautore, aderì al Partito Nazionale Fascista, anche se si tenne praticamente estraneo alle azioni più controverse del fascismo. Fu senatore del Regno d'Italia nella XXV legislatura. Fu anche nominato ministro da Mussolini nel 1928 (N.d.r.).

²⁹ Nel suo diario di prigionia Gramsci menziona tre volte Nerik, ma non dice mai che Nerik è stato uno dei fondatori del Partito Nazionale Italiano, nonostante conoscesse Corradini, Federzoni e altri pionieri.



A letter from Prof. Francesco Ercole to the Duce's secretary in 1943 on behalf of the Regia Deputazione per la Storia di Malta in connection with Agostino Savelli's *History of Malta*, commissioned by the Deputazione in 1939 (reproduced in Giov. Casarini, 'Legami Italo-Maltesi 1940-1950', UM thesis, 2002, p. 336)

nalismo liberale a quello integrale che rappresentò un tormentato passaggio presumibilmente rivoluzionario che molte persone hanno al momento vissuto, in certi casi subito, per poi, magari, lasciarsene catturare. Alcuni anni più tardi egli sarebbe stato nominato a capo del Ministero dell'Istruzione. Negli anni trenta, questo Accademico D'Italia divenne presidente della Regia Deputazione per la Storia di Malta, sita nel Palazzo Antici Mattei a Roma in Via Caetanei. È stata questa Deputazione che, oltre ad altre attività, avrebbe commissionato nel 1939 la *Storia di Malta* di Agostino Savelli, che il professore Ercole avrebbe poi presentato personalmente al Duce nell'aprile del 1943, accompagnato dall'autore, Savelli, e dall'editore Pierfranco Gaslini, Direttore dell'Istituto per gli Studi di Politica Internazionale³⁰ (Foto n. 8).

I Colleghi ad Urbino sono rimasti incuriositi dallo slogan “resistere, resistere, resistere”, che avevo citato nella mia lezione come motto di Nerik. Da alcune ricerche intraprese di conseguenza dal Professor Roza Acuña e dalla Dottoressa Marina Frunzio è derivato che questo grido di esortazione Mizziana – inteso a Malta come incitamento contro l'assimilazione ed il colonialismo – trae la sua origine da un'analogia esortazione che si legge nelle parole di un ex-professore di diritto di Roma, che divenne primo ministro all'incirca nello stesso periodo in cui Nerik fu imprigionato nella caserma militare di Verdala dopo la condanna della corte marziale per presunta sedizione (maggio 1917). Il suo nome era Vittorio Emanuele Orlando³¹, il quale, nell'intento di unificare lo spirito nazionale italiano dopo l'umiliante sconfitta dell'Italia a Caporetto il 29 ottobre 1917, scriveva: “Resistere! È pure il grido di quelle madri che non ve-

³⁰ Si veda G. CASARINI, *Legami Italo-Maltesi 1940-1950*, inedito MA thesis (U.M., 2000), Cap. II.

³¹ Non importa rilevare in questo contesto la posizione altissima di Vittorio Emanuele Orlando nella moderna giuspubblicistica italiana, la sua teoria dello stato, della sovranità e del popolo; né importa la sua posizione politica di Ministro della Pubblica Istruzione (1903), di Grazia e giustizia (1907), dell'Interno rispettivamente nei governi Giolitti, Salandra e Boselli; di Presidente del Consiglio dei ministri (1917) eletto cinque giorni dopo la disfatta di Caporetto; di parlamentare per otto legislature (dalla XX alla XXVII). Importa qui rilevare che si tratta del nome di un dichiarato fautore della terza guerra dell'indipendenza italiana. “*Resistere, resistere, resistere*”, “*concordia nazionale*”, “*la libertà non la si definisce, la si sente*”, “*espressione della volontà popolare*”, “*l'insofferenza contro ogni prepotenza e sopraffazione*”, “*la generosità che fronteggia il forte ma indulge al debole, la fedeltà alle amicizie, più forte di tutto, anche della morte*”. Sono parole e frasi senza tempo... e di indubbio valore (M. Malaspina, *Orlando il presidente della vittoria*), in www.tribunagiudiziaria.ilcannocchiale.it/2011 (N.d.r.).

3. We would also desire to add one more protest to those that have been made in various quarters, and on so many occasions, against the unfounded allegation of the existence in these Islands of a party, hostile to the British connection, harbouring proclivities to an eventual change of flag.

4. The attachment of the Maltese people to Great Britain and their devotion to the Throne have been proved on so many occasions, in times of stress and difficulty as well as on the days of jubilation, that it is superfluous to put forward any arguments to refute this malicious allegation. We nevertheless desire to take this opportunity of traversing the assertion made in the House of Commons as to the existence in these Islands of any anti-British Government or party, which is calculated to produce a sinister impression on those who are not acquainted with the true state of affairs in these Islands; and of re-affirming as strongly as may be possible the true sentiments of the People of Malta whose loyalty and devotion are not less fervid than those happily entertained throughout the Empire.

Ag. r. m. p. s. u.

C. Mifund

Maundria.

Geriam. D. A. M.

Ernesto Mizz.

Carl Mallia

1925.

dranno tornare alle loro case la giovinezza fiorente dei loro figli: resistere! La voce dei morti e la volontà dei vivi: resistere, resistere, resistere!”.

Piuttosto all'avanguardia per il suo tempo fu la scelta di Mizzi dell'argomento della tesi che riguardava le implicazioni legali per il giornalismo e per i giornalisti alla luce delle tecnologie che cambiano e delle aspettative.

Mizzi riteneva che una legislazione esauriente e completa fosse necessaria per regolamentare le attività quotidiane del lavoro giornalistico alla luce delle dottrine fluttuanti e di una giurisprudenza non sufficientemente ben definita. Questo era il titolo della tesi, come proposto nella richiesta di tesi stilata da Mizzi al preside (e rettore) Vanni: “*Si impone una legge che sottragga i rapporti fondamentali della locazione d'opera giornalistica alla fluttuazione della dottrina e della giurisprudenza*”.

Attraverso il giornale di famiglia *Malta*, Mizzi era stato coinvolto nel giornalismo sin dalla sua infanzia, ed aveva anche di suo uno spirito e un impulso molto da pubblicista. L'Associazione della Stampa ed il Congresso dei Giornalisti (nel cui Comitato Organizzatore lo stesso Mizzi aveva prestato servizio nell'anno precedente la sua venuta a Roma) si erano occupati della creazione di “una giurisprudenza che tutelasse i diritti della nostra classe professionale”. Mizzi cita per esteso questo auspicio (ff. 8-10) da un discorso al Congresso dei giornalisti del 1908 tenutosi a Berlino, da Andrea Cantalupi³², che ha presieduto il Collegio di stampa di Roma.

La traccia ispiratrice di quel discorso e le riflessioni che esso aveva generato nel pensiero di Mizzi si leggono nella sua tesi. Il rapporto giornalistico si presenta come un rapporto che necessitava seriamente di essere definito sotto molteplici aspetti. Problematico si rivelava, ad esempio, il rapporto tra proprietario ed editore. E ancora: quanto era inviolabile il contratto di un giornalista? e che cosa esattamente determinava? e come o sulla base di quali principi e criteri tale contratto poteva essere esteso? o terminato?

³² Andrea Cantalupi (1853-1914), giornalista e scrittore politico, i cui interessi spaziano dal giornalismo considerato anche nei suoi aspetti tecnici, alla politica internazionale e ai problemi economici, seguace del Crispi, esordì ventiseienne alla *Gazzetta d'Italia* e passò poi come corrispondente da Vienna alla *Gazzetta piemontese* di Torino. Fra il 1891 ed il 1894 fu direttore del *Corriere di Napoli*, e poi, fra il 1895 ed il 1898, del *Corriere della sera*, e successivamente corrispondente di altre testate giornalistiche. Nel 1908 ritornò a Vienna (N.d.r.).

Le preoccupazioni di Mizzi, come descritto nella sua introduzione, sono e rimangono molte, e pressanti, e irrisolte.

Per qualche tempo, egli dice, il giornalismo, persino in Italia, si è mosso a lato di organizzazioni industriali al punto che l'importanza di un giornale era stata spesso determinata dal suo margine di profitto ("l'importanza di un giornale è molte volte stabilita dalla cifra dei dividendi"). Questa tendenza verso una stampa "mercantile" non ha di certo favorito lo sviluppo della morale, mentre dall'altra parte un rigoroso sostegno economico anche al giornalismo poteva assicurare e garantire migliori stipendi, ridurre l'incertezza e il dilettantismo (su cui, egli aggiunge, nessun Congresso, nemmeno l'ultimo, ha mai fatto parola, né per discuterne né per opporvisi). Ciò di cui il diritto aveva bisogno era "una legge speciale sul contratto giornalistico"³³.

Mizzi esamina poi criticamente la letteratura esistente in materia e la legislazione su cui questo argomento poteva contare, in larga misura, ma

³³ Queste questioni continuano ad essere rilevanti anche oggi nel mondo della stampa e dei media. Si veda anche il caso del Prof. Paolo Sciortini, editore di giornale del 19° secolo, il quale fu licenziato dall'università per aver criticato il governatore militare; o il caso di altri giornalisti, che per simili "oltraggi" vennero imprigionati nel 20° secolo, come è accaduto nel 1958 al Dr. Joe Micallef Stafrace, editore del *Is-Sebh*. Dopo l'indipendenza, quando il mio contratto come editore del quotidiano cattolico *Il-Hajja* non fu rinnovato alla fine dell'ottobre 1971 dopo tredici mesi in ufficio, il tribunale, presieduto dal Magistrato Stephen Borg Cardona, il quale ascoltò i consigli del mio difensore Dr Joe Galea Debono (poi Mr Justice) e molte altre testimonianze per più di un anno, appoggiò l'istanza che non c'era nella disciplina normativa maltese in tema di lavoro una giusta e sufficiente ragione per un simile atto; perciò il tribunale ordinò il pagamento di tutti gli stipendi e la piena riassunzione come editore del predetto giornale (che più tardi cessò poi di esistere). La Curia ad ogni modo appellò il giudizio. Successivamente in un udienza di cinque minuti Mr Justice Fortunato Mizzi con una nota stabilì che in questo punto la legge era "prescrittiva, non imperativa" (*sic*). Ma per ritornare a Enrico Mizzi, nel dibattito egli stesso sarebbe andato oltre nelle critiche al governo attraverso il suo quotidiano *Malta*. Infatti il suo ufficio venne saccheggiato due volte dalla polizia, nel 1917 e nel 1940, fino a quando venne chiuso definitivamente (si veda H. FRENDO, *Europe & Empire. Culture, Politics and Identity in Malta and the Mediterranean*, Valletta, Midsea, 2012, cap. 16-18). Senza entrare nel merito del caso, in seguito Mizzi perdonò i vescovi Gonzi e Gerada ed il loro comitato indipendente (il cui presidente Dr Abraham Galea aveva duramente testimoniato contro l'editore). In questo caso, il punto in discussione non erano le vendite (che erano incrementate in modo segnato), ma la politica editoriale. Si veda H. FRENDO, *Story of a book*, Lux Press, Santa Venera, 1972; *Mic-Censura għall-Pluralizmu: Il Għunalizzmu f' Malta 1798-2002*, Pin., Valletta, 2003). In pratica un'importante differenza

non esclusivamente, sulla base dei lavori di Filomusi³⁴ relativi alla natura di un contratto giornalistico, approfondendo i “se” ed i “ma” che potrebbero essere meglio regolamentati dalla legge. Questi riguardano, in breve,

- la durata di un contratto e la sua rinnovabilità o altrimenti;
- le modalità di remunerazione e le sue implicazioni;
- ciò che distingue la contrattualità definita da quella indefinita nel giornalismo ed ancora, se appropriata o no, la stima dei danni;
- i termini per l'accordo comune tra le parti contraenti;
- il periodo di prova, ed in particolare come evitare il suo abuso da parte del datore di lavoro, salvaguardando così il giornalista, compreso il suo diritto a ricevere un compenso (“il periodo di prova si presta a sfruttamento [...] liberandosi così da ogni obbligo di indennità e magari di retribuzione”, *ibidem*, p. 18);
- l'obbligo di preavviso di cessazione del contratto ovvero la rinnovazione tacita: «prima che termini il contratto del giornalista – dice ancora Mizzi –, a questi dovrebbe essere dato un preavviso, in assenza del quale il suo contratto dovrebbe essere automaticamente rinnovato (“debba intendersi tacitamente rinnovato”).

Ma l'elaborato di tesi di Enrico Mizzi dà conto anche di altri problemi che assumevano rilievo nella vita giornalistica.

Primo. Al giornalista non dovrebbe essere riconosciuto un lasso di

potrebbe essere tracciata tra editori-proprietari (come nel caso di Mizzi) e giornalisti che erano (e sono) editori-impiegati (nel caso mio personale del giornale *Il-Hajja* il proprietario era la Curia, i.e. *de facto* i vescovi diocesani, i quali a Malta non avevano quasi mai subito contestazioni in un tribunale).

³⁴ Laureatosi in giurisprudenza a Napoli nel 1869, Francesco Filomusi Guelfi (1842-1922) dedicò la sua vita all'insegnamento che svolse quasi esclusivamente presso l'Università di Roma su filosofia del diritto e su diritto civile. È ricordato autore di importanti testi giuridici sia nel campo del diritto civile che in quello del diritto penale. La sua opera più rappresentativa rimane però l'*Enciclopedia giuridica*. La fama acquistata nello svolgimento della sua attività, che gli vale nel 1889 l'invito del ministro della Pubblica Istruzione Paolo Boselli a far parte di una commissione istituita allo scopo di elaborare un nuovo regolamento universitario (e che gli varrà ad essere eletto membro della Società reale di Napoli nel 1902, e quindi membro dell'Accademia dei Lincei nel 1906, e senatore del Regno d'Italia nel 1910), lo porta nel 1902, in qualità di presidente dell'Associazione del-

tempo entro il quale trovare un altro lavoro? Questo non era stato il punto di vista dell'ultimo Congresso dei giornalisti, un punto di vista con cui Mizzi era ovviamente in disaccordo. Là si era ritenuto che un preavviso di recesso avrebbe danneggiato il giornalista, mettendolo in imbarazzo davanti ai suoi colleghi: ma non è su questa linea d'onda che si muove il pensiero di Mizzi.

Secondo. Nel determinare l'avviso da dare nel caso di conclusione di un contratto indeterminato, Mizzi saggiamente sottolinea che la causa doveva essere dichiarata considerando il fatto che ogni scrittore di giornale era destinato a dover affrontare una serie di nemici o avversari ("una certa schiera di nemici o avversari").

Terzo. Mizzi auspica che siano fatte le necessarie distinzioni in rapporto alla veste con cui un giornalista scrive per un giornale, se da semplice cronista o come editorialista, cosa, quest'ultima che implicava necessariamente adesione a una scuola di pensiero, sequela di una corrente o di un partito. Questa differenza di ruoli, dice Mizzi, è molto evidente nel giornalismo politico, ma in misura maggiore o minore è da riconoscersi in tutte le pubblicazioni periodiche.

Quarto. Quali sono i diritti di un giornalista se la politica del giornale cambia? Ancora una volta questo argomento porta Mizzi a considerazioni legali sulle modalità delle clausole di conclusione di un "contratto giornalistico", inclusi i danni per il caso in cui un redattore fosse costretto a lasciare il giornale dal proprietario: se il proprietario cambiasse la politica di un quotidiano, il giornalista avrebbe diritto ad essere risarcito?

Quinto. Mizzi non trascura fin'anche di prendere in esame le questioni che si collocano a margine dell'attività giornalistica (ma sono ugualmente determinanti), che riguardano la proprietà "mobile" dalle macchine da stampa, quella "immobile" dei locali editoriali, la valutazione del credito, inclusi gli interessi a breve e lungo termine, i prestiti, i leasing o affitto, ... ancora una volta aspetti della vita con cui egli aveva avuto familiarità sin dalla sua infanzia nella sua Strada Zecca a Malta³⁵, e che familiari gli sarebbero rimasti per il resto della vita.

la stampa periodica italiana, a far parte di una apposita commissione per la stesura di un provvedimento legislativo sul contratto di lavoro giornalistico. Il riferimento è, particolarmente, alle dense pagine di *Il contratto di lavoro giornalistico: nota alla sentenza del Tribunale di Roma del 5 e 19 aprile 1901*, Città di Castello 1902 (N.d.r.).

³⁵ Dove Fortunato Mizzi aveva la sua tipografia.

In definitiva, per quanto riguarda il giornalista Mizzi fa proprio e difende l'auspicio di "tripla garanzia" di cui si era fatto portavoce il Cantalupi che propugnava: 1) una tutela di natura economica nell'amministrare un giornale; 2) una tutela di natura politica nella politica del giornale; 3) una tutela di natura morale, che trae riflessione in generale dai principi dell'etica giornalistica.

In conclusione. Mizzi prepara l'argomento della sua tesi abbastanza bene: traccia le linee generali di una legge completa sulla professione giornalistica, che era certamente necessaria, e nella quale si poteva forse vedere anche l'inizio di realizzazione di una vaga garanzia della libertà di espressione che pure era ancora ben lontana dall'essere garantita.

Ciò che doveva essere mostrato, era stato mostrato. *Quod erat demonstrandum*, sono le sue ultime parole.

Come tesi di laurea era piuttosto corta, non più di 32 fogli scritti a macchina, ma era abbastanza originale e serviva bene al caso suo.

Con il vantaggio che ci viene dal "senno di poi", possiamo dire che gli studi di Mizzi sul giornalismo rappresentano una inconsapevole premonizione di ciò che sarebbe stata in futuro la sua difficile situazione: ognuna di quelle auspiccate norme lo avrebbe sicuramente aiutato ad affrontare gli oltraggi che il destino aveva in serbo per lui come giornalista, redattore, editore, pubblicista, e – non ultimo – "tribuno", una volta che fosse tornato a casa, a Malta, nella sua difficile fortezza mediterranea.

La sua previsione (la sua illusione) era che l'Italia alla fine sarebbe stata la più forte, perché anche i molti (i più) che avrebbero voluto il protettorato inglese, si sarebbero resi conto che la Gran Bretagna non avrebbe avuto preoccupazione e cura per Malta, come già aveva fatto nel passato.

Al contrario rispetto a tutte le sue attese, certamente a causa delle sue convinzioni, la sede del suo giornale fu saccheggiata, il suo ufficio di giornalista fu interrotto e il suo giornale cessò l'attività. E ciò accadde sia nel 1917, quando l'Italia combatteva a fianco degli alleati, sia nel 1940 quando l'Italia era nel campo opposto.

Ciò che, in fondo, vale la pena notare è il ceppo irredentista ben vivo in Nerik Mizzi dal 1912, la convinzione di appartenenza alla cultura italiana, forse legata all'idea di "una più grande Italia". Questa dimensione era stata assente dal discorso di suo padre, anche se sotto altri aspetti – culturale, geografico, religioso, ed anche etnico – la continuità di vedute è trasparente, coinvolge "lo straniero nordico" e tutto il resto.

Anche se, nella sua difesa alla Corte marziale del 1917, Nerik fece la distinzione tra nazionalismo ed irredentismo come tra pensiero ed azio-

ne, egli non negò di essere nel fondo del cuore un irredentista³⁶. Forse c'erano molte altre persone che la pensavano come lui, ma pochi avrebbero osato ammetterlo, molti subivano e accettavano la situazione, dicendo che uno stato di fatto sarebbe diventato uno stato di diritto in una data futura. Non fu facile. Ma è almeno confortante che, così è stato ritenuto, la Malta di Mizzi "non è mai stata sul libro paga del Duce"³⁷.

Nerik più di una volta disse che era pronto a dare la propria vita per le sue convinzioni (e andò ben oltre qualsiasi irredentismo); e così ha quasi fatto ("l-aqwa fost il-Maltin", cioè "il più grande fra i Maltesi", lo chiamava Mintoff nel 1950). In sostanza, per lui ed i suoi seguaci, Malta apparteneva alla terra ferma continentale e certamente non era un elemento naturale della varietà WASP³⁸, e nemmeno una variante 'Anglo-Maltese' del genere.

Ma anche se Malta fosse diventata (di nuovo) parte dell'Italia, aveva ed avrebbe avuto un atteggiamento molto più controverso, anche nello stesso partito di Mizzi, che il suo scaltro successore Borg Olivier guidò in parte in una direzione diversa.

Rimane un sospetto di ambiguità negli anni della formazione politica di Mizzi. Esso è rappresentato dal mix politico-culturale, o mix-up, che si ebbe appunto durante gli anni venti e trenta. Malta, specialmente dopo il 1933, come negli anni prima della guerra, e peggio ancora, fu di nuovo oggetto di un diktat coloniale. Ma così anche l'Italia. Quello che Mizzi negli anni urbinati, con la sua tesi di laurea, aveva detto in rapporto alle libertà di stampa, ecc., dopo il 1926 ebbe ben poca realizzazione in Italia, con l'ufficio di Mussolini sempre più deciso ad imporre persino i titoli dei giornali del mattino seguente.

L'ammirazione per l'Italia e per Mussolini con lei rimase comunque

³⁶ A. SAMMUT, *The Court Martial of Enrico Mizzi* (Midsea, 2005), II, IV.

³⁷ J.M. PIROTTA, *Nerik Mizzi: Il-Verdett ta' l-Istorja* (Pin, 1995), pp. 1-33. Questi scambi spesso equivoci e non conclusivi (compreso il riferimento al diario del conte Ciano) riguardano principalmente il periodo tra le due guerre, in particolare gli anni '30; non c'è cenno al fatto che l'integrità di Nerik fosse in discussione.

³⁸ Acronimo di 'White, Anglo-Saxon and Protestant', indica un cittadino statunitense discendente dei colonizzatori originari inglesi, non appartenente quindi a nessuna delle tradizionali minoranze (nativi americani, afroamericani, ebrei, ispanici, europei orientali slavi, asiatici): indicando una caratterizzazione razziale, etnica e religiosa, non è un termine neutrale, ma viene usato generalmente con significato dispregiativo.

un dato sicuro e convinto del pensiero di Nerik Mizzi, che questo – come si è detto – possa essere stato vero irredentismo o no ³⁹.

Sotto una certa luce, in retrospettiva, le influenze formative su Nerik in Italia possono essere viste come elementi che collegano l'uomo precedente a quello successivo.

È ben vero che il nazionalismo maltese di Mizzi rimase basato su una contraddizione interna: come può, come è possibile che un movimento che aspira alla libertà dal dispotismo chiuda un occhio, se non entrambi, di fronte alla dittatura ideologica della porta accanto? Per Nerik, l'Italia non era solo la fontana della cultura nella vita civile maltese, né una leva politica attraverso cui ottenere concessioni dalla Gran Bretagna: “era una madre spirituale, forse come sua madre, una carezza magnetica senza la quale il popolo Maltese non poteva muoversi verso la propria destinazione naturale”. Malta era la frangia più remota dell'Italia, i maltesi erano per “attaccamento naturale” collegati “alla gran madre Italia”.

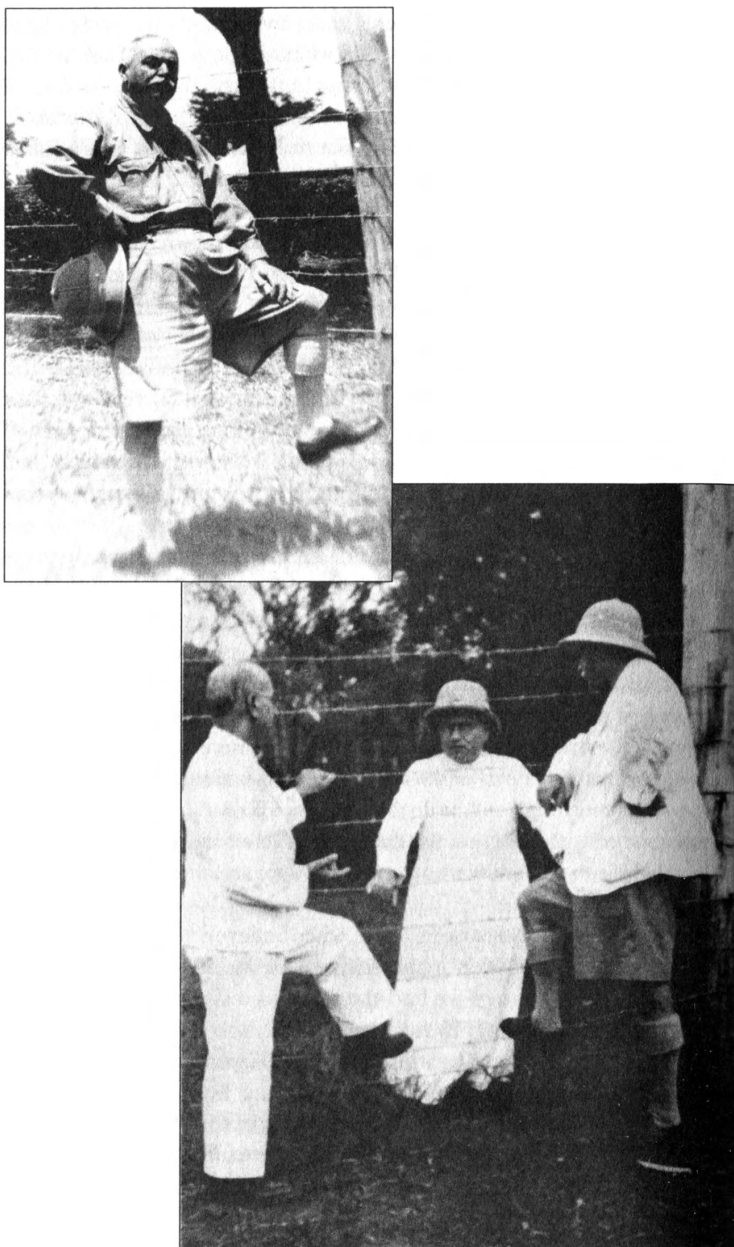
Eppure io giungo a credere che Nerik volesse convincere i Maltesi che essi erano superiori agli inglesi, tanto quanto – addirittura – agli italiani, quasi che i due popoli, inglesi ed italiani, fossero, nella “dominazione” su Malta, la stessa cosa: egli scrive infatti che i principi patriottici e i sentimenti dei Maltesi dovrebbero servire come esempio per molti dei “nostri fratelli attraverso il mare e oltre i confini” (e i nostri fratelli d'oltremare e d'oltre confine non sono solo gli inglesi, ma anzi e soprattutto gli italiani) ⁴⁰.

Ci può essere un qualche piccolo dubbio sul fatto che una sfumatura di pensiero manifestamente irredentista si fosse insinuata nella mente e nel discorso pubblico di Nerik durante i cinque anni che trascorse in Italia e in particolare, sembra, nel corso dell'anno finale, il 1912, l'anno della sua laurea in Urbino. Ovviamente siamo prima dell'avvento del fascismo, che avvenne un decennio dopo.

Se Mizzi avesse nutrito un qualche sentimento “oltre mare” in precedenza, egli ha trovato solo ora la forza di esprimerlo e di svilupparlo, una

³⁹ Si veda H. FREND, *Europe & Empire. Culture, Politics and Identity in Malta and the Mediterranean*, Valletta, Midsea 2012, capitoli 16 e 17.

⁴⁰ Si veda H. FREND, *Party Politics in a Fortress Colony*, Valletta, Midsea, 1991, pp. 155-156.



Mizzi, Mgr. Pantalleresco, and Henry Gatt interned in the camp at Bombo

volta raggiunta la fine dei suoi studi di legge nel 1912. L'evolversi della situazione delle relazioni internazionali che caratterizzavano l'Europa ed il Mediterraneo era chiaramente una coincidenza importante. E la situazione deve essere apparsa come il momento adatto per l'emergente avvocato-politico di parlare senza paura, come un possibile riallineamento delle sfere di influenza emerse all'orizzonte per il futuro. I suoi scritti sarebbero inoltre stati letti ed interpretati in modi diversi in Italia, in Gran Bretagna e a Malta, in particolare nel 1912, quando, a fronte di una crescente minaccia tedesca, la Gran Bretagna stava progettando di delegare la difesa del Mediterraneo alla Francia mentre concentrava le proprie forze nel canale e nel mare del Nord. Era quello il contesto in cui fu proposto il famoso scambio con l'Eritrea.

Popolare e amato dai suoi sostenitori, Nerik rimase però sempre un uomo esposto alle opposizioni, insultato, ostacolato e spiato continuamente da avversari e agenti del regime coloniale, negli anni trenta più che mai, controverso anche nel suo partito; ma il suo coraggio e la sua convinzione, anche se col tempo si sono forse (certamente) più ammorbiditi, non hanno mai vacillato, nè in carcere nè in esilio nè nelle sue vicende ed attività.

Un europeo molto consapevole della posizione di Malta nel Mediterraneo, Nerik propugnava un'autonomia maltese che rispecchiasse la cultura, la tradizione e l'identità maltese, come fortemente era sua convinzione che fosse: nessuna dominazione da parte di quello che lui chiamava 'lo straniero nordico', perché, come direbbe lui stesso, 'la politica cambia, la geografia no'.

Esiliato senza accusa e senza processo nel 1942 (Foto n. 10: qui lo vediamo in un campo di concentramento inglese in Uganda), poté rimpatriare solo nel 1947; ma divenne subito il capo dell'opposizione, e nel 1950 Primo Ministro. Moriva subito dopo.

Ritengo che sia importante che rimanga memoria di Nerik Mizzi presso la sua Università. L'interesse è certamente vivo. Un professore colombiano d'ala sinistra, nel rispondere in question time alla mia lezione, ha descritto Nerik come 'un eroe'; mentre un altro ha richiesto che inviassi con sollecitudine all'Università una fotografia del loro alunno-premier ritrovato, per incorniciarla ed esporla nella sala principale.

Da quando si è tenuta questa conferenza pubblica a Valletta il 6 febbraio 2009, la foto di Mizzi ha infatti trovato un posto d'onore presso l'Università di Urbino; e tutto ciò ha rappresentato anche un

idoneo supporto per il lancio, il 30 ottobre 2009⁴¹, del mio libro *Colonialismo e nazionalismo nel Mediterraneo*, che ha molto da dire su Mizzi.

⁴¹ Dal sito dell'Università di Urbino per l'anno 2009: "Venerdì 30 ottobre alle ore 9,30 presso l'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti,1 verrà presentato un numero unico della rivista "Studi Urbinati" consistente in una monografia del Prof. Henry Frendo, dell'Università di Malta, dal titolo "*Colonialismo e nazionalismo nel Mediterraneo – La lotta partitica a Malta durante l'occupazione inglese tra assimilazione e resistenza*". La ricerca verte sostanzialmente sulla figura di Enrico Mizzi, fondatore del Partito Nazionalista e animatore della lotta per l'indipendenza dell'isola dalla dominazione inglese. Mizzi si laureò nel 1912 presso la Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, con una tesi di laurea su alcuni aspetti legali della professione di giornalista. Il Prof. Frendo, Direttore dell'Institute of Maltese Studies della University of Malta, ha condotto la sua ricerca anche presso la nostra università, dove ha potuto ritrovare gli incartamenti dello studente Mizzi e la sua tesi di laurea. Alla presentazione della monografia sarà presente l'Ambasciatore della Repubblica di Malta, S.E. Walter Balzan. Nell'occasione, il Rettore Prof. Stefano Pivato conferirà all'autore la nomina a "Academic Ambassador" dell'Università degli Studi di Urbino, inaugurando una nuova prassi: il coinvolgimento di personalità straniere (professori, artisti, imprenditori, etc.) nella costruzione delle relazioni internazionali della nostra università. L'obiettivo è creare una rete di amici dell'Università di Urbino in grado di favorire contatti, scambi e iniziative all'estero" (N.d.r.).

ANNA MARIA GIOMARO

ANCORA SUL TRIBUNALE DI URBINO
(LA SUA TRAVAGLIATA STORIA IN RELAZIONE
AL RISCHIO DELLA SOPPRESSIONE)

1.

A dare origine e sviluppo dapprima, e a conservare poi la Rota di Urbino¹ giovò nel XVI secolo la vivacità del Ducato, il governo attivo ed illuminato dei duchi, certamente anche le politiche matrimoniali favorite dal Papato: si trattava, com'è noto, del Collegio dei Dottori, ufficialmente abilitato con competenze giurisdizionali fino alla terza istanza (*quod fiat doctorum omnium Civitatis praefatae unum collegium ... ad quod tertiae causae et pariter terminandae ...*)², che, stabilmente costituito in numero di 13 membri effettivi e vari "*subrogati*"³, operava con la presenza di almeno 5 giudici. In seguito, esaurita la dinastia ducale con la morte senza eredi di Francesco Maria II, la devoluzione del Ducato non comportò il venir meno della sua Rota, la quale continuò ad operare per tutto il territorio posto sotto la sua giurisdizione con la direzione del Vescovo e del Legato Pontificio.

¹ Il 26 aprile 1506 Guidubaldo da Montefeltro con proprio decreto sanciva la nascita di un organo giudiziario stabile, facendo propria così nella città di Urbino l'iniziativa che era stata di Cesare Borgia per la Romandiola, quella Rota in Romandiola che non vi aveva avuto seguito anche per la fine dell'avventura del Valentino. Su tutto V. G. FANTAGUZZI, *Caos. Cronache cesenati del sec. XV*, Cesena 1915; P. DE CRESCENTINI, *Sulle origini della storia del tribunale di Urbino*, in Giomaro A.M., De Crescentini P., *Breve traccia per una storia dell'avvocatura urbinata*, Studi Urbinati LXXVII, Nuova Serie A n. 61, 2010, p. 21 ss. ed ivi bibl.

² Così il decreto del duca Guidubaldo; analogamente si esprime la bolla *Ad sacram beati Petri sedem* di Giulio II del 1507 (19 febbraio) che comprova ufficialmente il decreto ducale dell'anno precedente [*confirmamus, et approbamus, ac quod in fecunda, et tertia instantia, omnes Causae tam Ecclesiasticae, quam prophanæ, et mixtae, ac Beneficiales (meris Ecclesiasticis dumtaxat exceptis) ... coram dicto Collegio tredecim Doctorum, eisdem modo, et forma, quibus coram Rectore Provinciae Marchiae huiusmodi tractantur, tractentur, et finiantur*].

³ Cfr. tutto il fascicolo doppio di *Studi Urbinati* 78, 2009, nuova serie A n. 60,3-4, *Per la storia dell'Università di Urbino*, in particolare M. BONVINI MAZZANTI, *Il collegio dei dottori di Urbino. Dalle origini alla devoluzione del Ducato*, ivi, p. 861 ss.

E ancor maggiore impulso gli venne durante il pontificato di Clemente XI (1700-1721), che, essendo urbinato, ben poteva avere a cuore le sorti della sua città natale.

Spentasi poi in Urbino l'eco del fervore di iniziative acceso in ogni campo dal Papa Albani, l'attività del Tribunale di Rota si mantenne tuttavia stabilmente, sull'onda del conservatorismo proprio dello Stato Pontificio.

Dopo l'invasione napoleonica le cose cominciano a cambiare, e da allora le vicende storiche documentano diversi "momenti di crisi" del tribunale urbinato, momenti in cui fu messa in discussione la presenza del "palazzo di giustizia" nella città feltresca. Se ne parla a partire dagli inizi del XIX secolo. Non prima.

La riorganizzazione giudiziaria messa in opera da Napoleone venne a sostituire tutte le magistrature fino ad allora esistenti, denominate indifferentemente Rota ⁴, con Tribunali per le cause di prima istanza, e con Corti d'appello e d'assise per la giurisdizione di secondo grado, prevedendo infine un terzo grado di giurisdizione presso la Corte di Cassazione a Roma ⁵.

⁴ Fino all'invasione napoleonica tutti gli istituti di antico regime erano rimasti in vigore, comprese le magistrature e i Tribunali Rotali. Se ne trova conferma, a solo titolo di esempio, nelle vicende della Rota perugina descritte in C. CUTINI, *Il Tribunale della Rota di Perugia*, in *Grandi Tribunali e Rote nell'Italia di antico regime*, a cura di M. Sbriccoli, A. Bettoni, Milano 1993, pp. 336-337, in cui si legge espressamente che: "La fine del XVIII secolo coincide con l'esaurirsi delle vicende istituzionali della Rota. Soppressa dal governo della Repubblica romana, viene temporaneamente reintegrata nelle sue funzioni con la prima Restaurazione; nel 1809 l'ultima elezione degli uditori precede di pochi mesi l'avvento del governo napoleonico. Il nuovo ordinamento dello Stato della Chiesa attuato nel 1816 realizza un sistema giurisdizionale completamente diverso".

⁵ La riforma giudiziaria di Napoleone rientra fra le misure amministrative dei primi mesi del Consolato, informate ad un progetto globale di assoluto controllo del centro e allo ristabilimento dell'ordine. Solo la carica di giudice di pace rimase elettiva, mentre tutti gli altri giudici divennero di nomina del governo e dichiarati inamovibili. Si poneva inoltre una gerarchia di organi giudicanti: i tribunali dipartimentali costituivano la struttura giudicante di base, cui era demandata in genere la prima istanza (fatte salve le disposizioni circa la competenza per materia); al di sopra di essi si ponevano le corti d'appello (istituite in numero di 29); e infine veniva la corte di cassazione (cfr. M. CAFFIERO, *L'Europa di Napoleone*, in G. Abbatiata (a cura di), *Storia moderna*, Roma 2005 (Manuali Donzelli), p. 583 ss., in part. p. 587; F. SOFIA, *Una scienza per l'amministrazione. Statistica e pubblici apparati tra età rivoluzionaria e restaurazione*, Roma 1988, *passim*). L'istituto della cassazione era stato introdotto nel Regno da Napoleone, al quale si deve anche la sua denominazione, e in seguito fu mantenuto anche dopo la restaurazione negli Stati preunitari. Nel Piemonte era stato importato dalla Francia nel 1847, e inserito nell'ordinamento giudiziario piemontese nel 1859 come tribunale di terza istanza atto a giudicare le cause per controllare l'esatta interpretazione del diritto da parte dei tribunali inferiori. Il tema della Cassazione e del suo giudizio è uno dei temi più dibattuti nello scorcio del secolo, a cominciare proprio dalla questione dell'unicità. Infatti se pure l'ordinamento giudiziario del 1865 prevedesse il principio dell'unicità della Corte di cassazione,

La dominazione napoleonica fu troppo breve per essere conservata, ma allo stesso tempo troppo dirompente per non lasciare ben più di una traccia.

Si deve comunque in generale all'editto del cardinale Agostino Rivarola del 1814⁶ l'abrogazione dei codici napoleonici⁷, con ripristino della legislazione pontificia del 1809, e la cessazione dei giudici napoleonici,

pur lasciandone indeterminata la sede e la natura giudiziaria, nel Regno d'Italia operavano quattro Corti di cassazione istituite nelle quattro città capitali degli ex stati preunitari: Torino, Firenze, Napoli e Palermo. L'articolo 125 dell'ordinamento giudiziario 1865 stabiliva che ciascuna Corte fosse divisa in due sezioni, l'una per gli affari civili e l'altra per quelli penali e fosse composta di un primo presidente, di un presidente di sezione e di un certo numero di consiglieri [cfr. C. GUARNIERI, *La Corte di cassazione*, in *Storia d'Italia*. Annali 14. *Legge diritto giustizia*, a cura di L. Violante, Torino 1998, pp. 793-817; D. CAVALLERI, *L'istituto della cassazione e della terza istanza*, Milano 1902, *passim*; M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita, profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in un prospettiva comparata (1865 – 1923)*, Milano 2005, *passim*].

⁶ Nel maggio 1814 Mons. Agostino Rivarola, in qualità di delegato apostolico di Pio VII, con proprio Editto dispose il ripristino della sovranità pontificia specificamente nelle province del Lazio e dell'Umbria nonché in quella di Urbino e Pesaro, che furono poi dette "di prima recupera". Un secondo editto, del 5 luglio 1815, a nome del Segretario di Stato cardinale Consalvi, provvede per le altre province, quelle marchigiane di Ancona, Macerata, Fermo, Camerino, e quelle della Romagna e del Ducato di Benevento, che furono le province "di seconda recupera". Nelle province così "recuperate" furono istituiti governi "provvisori" (che avrebbero dovuto essere tali: così nelle Legazioni della Romagna, nelle Marche e nei Ducati di Camerino e di Benevento), affidati ad una Congregazione governativa residente in ciascun Capoluogo e presieduta da un cardinale o da un vescovo. Sul punto si veda anche M. MOSCARINI, *La restaurazione pontificia nelle provincie di "prima recupera" (maggio 1814-marzo 1815)*, Roma 1933 (vedi anche *infra*, nt. 000).

⁷ I 5 codici promulgati da Napoleone fra il 1804 ed il 1810 creano un 'sistema' legislativo organico in tutti i principali settori dell'ordinamento. Esso ha determinato una basilare influenza agli albori del XIX secolo, in particolare sugli stati che in un modo o nell'altro sono venuti a diretto contatto con la legislazione francese, fra cui lo Stato pontificio, che ad esso si è riferito direttamente o indirettamente, se non altro fino alla grande vicenda legislativa di Gregorio XVI. Certamente il più importante è il codice civile derivato da un difficile iter preparatorio che ha avuto origine addirittura nel periodo giacobino durante il quale furono elaborati ben tre progetti, tutti accantonati: il primo, del 1793, nato dalla sconfitta dei girondini e dalla presa del potere da parte dei giacobini di Robespierre, e ispirato dal giurista francese Jean-Jacques Régis de Cambacérès, viene posto nel nulla già nel novembre dello stesso anno per il sopraggiungere del regime del Terrore; il secondo, del 1794, più semplice e atecnico, è rigettato dalla Convenzione, dopo l'eliminazione del gruppo di potere guidato da Robespierre, in un mutato clima politico e ideologico; il terzo, pur presentandosi come una mediazione tra le dottrine del diritto naturale e le recenti conquiste giuridiche, viene anch'esso rigettato. Accantonati questi e altri progetti (Jacqueminot, Target, Guillemot), il 12 agosto 1800 Napoleone istituisce presso il ministero della giustizia una commissione incaricata della redazione di un nuovo progetto di codice civile, assegnando tempi brevissimi per la sua realizzazione. Il nuovo progetto è portato a discussione a partire dal 21 gennaio 1801, vagliato in Consiglio di Stato

civili e penali, sostituiti con giudici di nuova nomina in attesa della progettata nuova organizzazione dell'amministrazione della giustizia.

Sciolti dunque i Tribunali di creazione francese, con *motuproprio* del 6 luglio 1816 ("Sulla organizzazione dell'Amministrazione Pubblica") il Pontefice Pio VII provvide ad istituire in ciascun capoluogo di Delegazione⁸

in più di 100 sedute (57 presiedute da Napoleone), e definitivamente approvato il 21 marzo 1804: il 3 settembre 1807 con decreto gli fu attribuita la denominazione di *Code Napoléon* (si tratta però della seconda edizione riveduta a seguito della trasformazione della Repubblica in Impero).

Nel 1806 viene emanato il *Code de procedure*, diviso in 2 parti, l'una in 5 libri, per trattare della procedura davanti ai tribunali, e l'altra, in 3 libri, per le procedure diverse, per un totale di 1042 articoli in cui si sente profonda l'influenza dell'*Ordonnance civile* del 1667.

Nel 1807 compare il *Code de commerce*, fortemente ispirato a l'*Ordonnance du commerce* del 1673 e a l'*Ordonnance de la marine* del 1681: è in 4 libri, dedicati rispettivamente al commercio terrestre, a quello marittimo, al fallimento e alla giurisdizione commerciale, affidata ai Tribunali di commercio composti di mercanti.

È del 1807 il *Code d'instruction criminelle*, un testo certamente autoritario, in 484 articoli, in cui si sente, anche qui, l'influenza del Cambacérès.

Infine ultimo da ricordare è il *Code pénal* del 1810, anch'esso estremamente rigoroso.

Dei 5 codici napoleonici lo Stato pontificio della Restaurazione mantenne in vigore il solo codice di commercio. Si vedano in proposito E. LODOLINI, *L'ordinamento giudiziario civile e penale nello Stato Pontificio* (sec. XIX), in *Ferrara Viva*, anno I, n. 2, 1959, pp. 43-73, e C. LODOLINI TUPPUTI, *Repertorio delle magistrature periferiche dello Stato Pontificio (1815-1870)*, in *Rassegna Storica del Risorgimento*, anno XCII, Fasc. III, 2005, pp. 323-428, pp. 324-326.

⁸ Le Marche, annesse al Regno italico di Napoleone nel 1808 erano state ripartite amministrativamente nei tre Dipartimenti (del Metauro, con capoluogo Ancona; del Musone, con capoluogo Macerata; e del Tronto, con capoluogo Fermo) a capo dei quali fu posta una figura di funzionario amministrativo di nuova costituzione il cui nome era destinato a durare nel tempo, che è il prefetto; ciascun Dipartimento fu poi suddiviso in Province. Non si contestò a Urbino il suo ruolo da protagonista, un ruolo storico, tradizionale, di indiscutibile prestigio, ma la provincia assegnata fu denominata di "Urbino e Pesaro", unica provincia, nell'assetto napoleonico, ad avere due vice prefetti dipendenti dalla Prefettura di Ancona. La restaurazione pontificia riportava in luce il sistema delle Delegazioni (sul tema, ma, tranne che per la prima parte, su un'ottica attuale, cfr. D. STAFFA, *Le delegazioni apostoliche*, Roma 1959) che è confermato anche dal citato *motu proprio* di Pio VII (art. 1. *Lo stato Ecclesiastico è ripartito in dieci-sette Delegazioni, oltre i luoghi suburbani soggetti alla Capitale. Le Delegazioni sono di tre classi, come nell'annessa Tabella. [...] Destinandosi al regime di qualcuna delle Delegazioni di prima classe un Cardinale, la delegazione assumerà il titolo di Legazione, ed il Cardinale assumerà il titolo, ed avrà tutti gli onori di Legato [...]*). Accanto al Delegato si poneva, però, un organo nuovo, la Congregazione governativa (art. 8. *Presso ogni Delegato esisterà una Congregazione governativa, un organo consultivo, già provvisoriamente creato per la restaurazione pontificia nelle province di "seconda recupera", ma ora innovato e regolato appunto con il motuproprio del 1816*), che rappresentava l'elemento locale: i suoi membri (quattro nelle Legazioni e Delegazioni di prima classe, tre in quelle di seconda, due in quelle di terza) dovevano essere nati nel luogo della Delegazione o Legazione, o almeno esservi originari o avervi possedimenti o il domicilio da almeno dieci anni.

due distinti tribunali, competenti a giudicare in primo grado ciascuno nella propria sfera di competenza⁹, cioè un Tribunale civile (*“composto di cinque Giudici con due Aggiunti nelle Delegazioni di prima classe, e di tre Giudici con un Aggiunto nelle Delegazioni di seconda, e terza classe”*, art. 30: operante sempre con la presenza di almeno tre membri e secondo criteri di competenza per materia e per valore, artt. 24-29), e un Tribunale criminale (*“il quale sarà composto di cinque Giudici, cioè del Delegato, che ne sarà il Presidente, dei due suoi Assessori”*¹⁰, *di uno dei Giudici del Tribunale di prima istanza civile, e di uno degl'Individui componenti la Congregazione governativa*”, art. 77: operante nelle cause relative a delitti *“per i quali è prescritta una pena maggiore di un anno di opera”*, art. 80; mentre la competenza per tutte le altre cause, *“nei delitti minori, cioè in quelli punibili con pene pecuniarie, ed afflittive, estese, e considerate come equivalenti ad un anno di opera inclusivamen-*

“Erano nominati dal sovrano tra i soggetti, ultratrentenni, che avessero svolto incarichi statali o comunali o la professione forense per tre anni, che provenissero da onesta famiglia e si fossero distinti per costume ed istruzione. La Congregazione Governativa si riuniva almeno tre volte alla settimana di fronte al Delegato o al Legato e aveva compiti consultivi in ordine agli affari più importanti. Dal 1816 uno dei suoi membri entrò a far parte del Tribunale criminale” (così DE CRESCENTINI, *op. cit.*, p. 84 s. nt. 21; cfr. anche C. LODOLINI TUPPUTI, *Repertorio delle magistrature periferiche dello Stato Pontificio* (1815-1870), in *Rassegna storica del Risorgimento*, anno XCII, fasc. III, 2005, pp. 338 s.). Con il *motu proprio* 21 dicembre 1827 la congregazione viene soppressa. La sua ricostituzione si ebbe con l'editto del 5 luglio 1831 inizialmente come organo reggente di ogni legazione, poi, a seguito delle norme dettate dal segretario di Stato card. Bernetti, la congregazione governativa torna presso il delegato e si compone di quattro consiglieri con voto deliberativo in materia di esame di preventivi e consuntivi dei comuni e dei consigli provinciali e voto consultivo nelle altre materie [cfr. E. LODOLINI, *L'amministrazione periferica e locale nello Stato Pontificio dopo la Restaurazione*, in *Ferrara viva*, n. 1 (1959), p. 11 ss.].

⁹ Paola DE CRESCENTINI (*op. cit.*, p. 83) scrive: “Pur avendo già abolito i Tribunali istituiti durante l'occupazione francese, nel dettare le norme del nuovo ordinamento giudiziario il Pontefice si ispirò di fatto all'impianto strutturale voluto dal Bonaparte, introducendo grosse innovazioni rispetto al modo in cui veniva amministrata la giustizia nello Stato Pontificio del XVIII secolo. Dando voce all'esigenza di una disciplina procedurale uniforme in tutto lo Stato, Pio VII creò dunque nuove strutture giudiziarie, ma mantenne inalterata la nomenclatura ed i gradi di giurisdizione introdotti dall'ordinamento napoleonico”.

¹⁰ Art. 7. *Presso ogni Delegato vi saranno due Assessori da nominarsi dal Sovrano, dei quali il Delegato si prevarrà pel disbrigo degli affari.* Art. 28. *Nel capoluogo delle Delegazioni uno dei due Assessori eserciterà nelle cause minori la giurisdizione attribuita ai Governatori nei tre precedenti articoli* [cioè per l'art. 25: le cause di valore inferiore ai 100 scudi, le cause di “sommarrissimo possessorio”, le cause alimentari, le cause di “danno dato”, le cause di lavoro, ovvero “di mercedi dovute agli Operaj giornalieri”, le controversie di mercato; e poi per l'art. 26 (che riguarderebbe, in realtà, la possibilità di ricorso devolutivo e sospensivo) si aggiungono le cause “di esecuzione di obbligazioni derivanti da scritture pubbliche, e private non attaccate di falsità, o di nullità; l'art. 27 riguarda invero “le appellazioni, che s'imporranno dai decreti dei Governatori”].

te”, spettava ai Governatori “*per comodo delle Popolazioni, e per maggior speditezza nell’amministrazione della giustizia*”, art. 76). L’art. 93 del *motu proprio* di Pio VII prevedeva inoltre che in ogni Delegazione sede di un Tribunale criminale venisse nominato dal Pontefice un Procuratore Fiscale¹¹.

Pertanto lo Stato Pontificio della Restaurazione aveva disposto che nel territorio dell’urbinate – rimasto fino al 1831 l’unica Delegazione di prima classe (le altre quattro Delegazioni di prima classe, Bologna, Ferrara, Forlì e Ravenna, furono trasformate in Legazioni nel novembre del 1817)¹² e l’unica ad avere due capoluoghi –, sia il Tribunale civile di pri-

¹¹ Il Procuratore fiscale (o, secondo i luoghi, Auditore fiscale, Giudice fiscale, o semplicemente Fiscale) era il pubblico ufficiale che in passato, nei procedimenti giudiziari, difendeva sia gli interessi della legge e dello Stato, come corpo politico sovrano, sia gli interessi di natura finanziaria e patrimoniale in genere, dello Stato come Pubblica Amministrazione. Tale titolatura compare già nel Due / Trecento, a sostituire, per esempio, un “Avvocato del Comune” a Ivrea, un “Avvocato fiscale” a Lucca, etc. “Ogni Curia è d’uopo che abbia il suo Procuratore fiscale nell’interesse della giustizia e della legge. In tutte le Curie ecclesiastiche deve costituirsi il procuratore fiscale [...] siffatto ufficiale, benché debba trovarsi in tutte le Curie, pur non è imposto chiaramente dai canonici; ma è presupposto. Anzi il diritto civile (l. 1 cod. *De Sententiis adv. fisc. lat.*) dichiara nulla la sentenza emanata senza aver udito il promotore fiscale (Pellegrini, par. IV, sect. 1, n. 20). Si richiede nei giudizi, affinché chi giudica non abbia a fare altresì le parti di accusatore. Ufficio del procuratore fiscale in una diocesi è quello di tutelarne i diritti e gl’interessi ed il pubblico bene. E poiché pel bene pubblico è necessario che i delitti siano esemplarmente puniti, al procuratore fiscale si appartiene segnatamente d’inquire contro i rei e di procurarne la punizione. [...] Il Pellegrini medesimo designa le varie parti di quest’ufficiale *l.c.*, n. 19: ‘Fiscalis curiae episcopalis officium est (egli dice) assistere Vicario generali; instare pro iuribus Ecclesiae; agere ac difendere fiscalia: sunt autem fiscalia ea in quibus agitur de publica pecunia vel vindicta ... Propterea potest petere quod detur terminus ad probandum delictum: potest petere remissionem, ubi de iure concedi debet: similiter potest petere citari: necton publicationem fieri: inquisitos non adiri: repeti testes: ipsos testes interrogari: reos non comparentes contumaces declarari: et tandem culpabiles condemnari. Potest similiter in omnibus cum iudice intervenire, et consilii gratia votum praestare, non tamen iudicare’ (così C. GENNARI, *Sulla privazione del beneficio ecclesiastico e sul processo criminale dei chierici. Norme canoniche*², Roma 1905, p. 150 ss.; cfr. anche G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, Macerata 1840, p. 536 s.; la *Rivista di diritto processuale civile* 14, 1937, p. 144; A. ERRERÀ, *Modello accusatorio e modello inquisitorio nel processo contro gli eretici: il ruolo del procuratore fiscale*, in *L’inquisizione in età moderna e il caso milanese*, Milano 2009, p. 151 ss., ma poi anche in SDHI 76, 2010, p. 671 ss.).

¹² La Delegazione di Urbino e Pesaro divenne Legazione soltanto nel 1831 con l’Editto del 5 luglio sull’*Ordinamento amministrativo delle Comunità e delle Province*, tornando così a godere del prestigio che aveva prima dell’invasione francese (cfr. G. SANTONCINI, *Sovranità e giustizia nella restaurazione pontificia: la riforma dell’amministrazione della giustizia criminale nei lavori preparatori del motu proprio del 1816*, Torino 1996, *passim*; ID., *L’unificazione nazionale nelle Marche. L’attività del Regio Commissario Straordinario Generale Lorenzo Valerio (12 settembre 1860 – 18 gennaio 1861)*, Milano 2008, *passim*, ma in part. p. 83 ss. e 122 ss.).

ma istanza che quello criminale fossero istituiti a Pesaro, città che il Delegato aveva scelto come luogo di sua residenza.

“Come era logico aspettarsi la concentrazione degli uffici giudiziari nella costa suscitò reazioni negative e proteste da parte degli abitanti della città di Urbino. Le rimostranze della popolazione dell’area montana, per altro piuttosto numerosa, nonché una riflessione sulle profonde differenze territoriali intercorrenti tra la zona costiera e quella interna, indussero Pio VII a modificare l’organizzazione della giustizia con una *Notificazione* del Segretario di Stato del 22 marzo 1817”¹³.

Due sono i passi interessanti di questo documento¹⁴, peraltro breve:

“1. *La Provincia di Urbino*, componente la *Delegazione di Urbino, e Pesaro*, sarà in quanto all’esercizio della giurisdizione *Civile, e Criminale*, suddivisa in due parti, l’una *superiore*, che racchiuderà i Luoghi di Montagna, che si estendono sul dorso degli Appennini, e l’altra *inferiore*, in cui resteranno inclusi i luoghi della Pianura, e i più prossimi al Mare, a tenore dell’*anessa dimarcazione*”.

“2. Rimanendo ferma la organizzazione attuale dei Tribunali Civili, e Criminali, residenti in Pesaro in tutti i Luoghi inclusi nel perimetro della parte inferiore, sarà in Urbino stabilita la residenza di due *Assessori* del Delegato, di un Tribunale Civile di *Prima Istanza*, e di un Tribunale *Criminale* per esercitare l’una, e l’altra Giurisdizione in tutti i luoghi compresi nella parte superiore”.

“Installati” il 16 agosto 1817, anche Urbino ebbe dunque i suoi due tribunali, il Tribunale civile di prima istanza formato come di legge dai sette membri, cinque effettivi e due aggiunti, con possibilità di essere suddiviso in due turni o sezioni, e il Tribunale criminale, composto da cinque membri, cioè – eccezionalmente – due giudici effettivi e i due Assessori sotto la presidenza del Delegato¹⁵.

¹³ P. DE CRESCENTINI, *op. cit.*, p. 87, e cita L. RENZETTI, *Le due province di Pesaro e Urbino nella storia e nella denominazione*, in *Urvinum*, anno II, n. 2, 1928, pp. 44-53, pp. 47-48.

¹⁴ *Notificazione del Luogotenente in Urbino di S. E. Rma Mons. Delegato apostolico di Urbino e Pesaro*, Urbino, 1817, in *Collezione di pubbliche disposizioni emanate in seguito al moto proprio di N. S. Papa Pio VII in data 6 luglio 1816 sulla organizzazione dell’amministrazione pubblica*, Roma 1816, pp. 205-207.

¹⁵ Invero il Delegato Pontificio risiedeva ad Urbino soltanto nei sei mesi estivi, da maggio ad ottobre, e pertanto durante il rimanente periodo dell’anno veniva sostituito in tutte le sue funzioni, compresa la presidenza del Tribunale criminale, dal suo Luogotenente (cfr. *l’Almanacco storico-statistico della legazione di Urbino e Pesaro per l’anno 1841 offerto all’egregio nobilissimo giovane Signor Conte Francesco Ubaldini*, anno I, Tipografia della Cappella del SS. Sacra-

Si concludeva così il primo dei “momenti di crisi” del tribunale di Urbino cui si accennava più sopra.

2.

Ancora di una riorganizzazione giudiziaria che coinvolge le circoscrizioni e le sedi giudiziarie si parla all'indomani del mutare degli assetti territoriali seguito all'unità d'Italia.

Del problema di un nuovo assetto amministrativo delle terre annesse si occupava già il decreto del Regio Commissario Generale Straordinario nelle province delle Marche Eugenio di Savoia. Il Decreto “portante la nuova circoscrizione territoriale delle Marche”, è il n. 4495 del 22 dicembre 1860 sottoscritto dal Ministro dell'Interno Minghetti. Esso, nel riprendere l'antica suddivisione in Dipartimenti¹⁶, e poi Province, Circondari, Mandamenti e Comuni che per buona parte era stata già della dominazione francese di Napoleone, dispone fra l'altro che *“In Urbino (dal cui nome unito a quello di Pesaro seguirà ad intitolarsi la provincia) dovrebbe fissarsi il capo-luogo di un circondario, come nella circoscrizione giudiziaria venne destinato ad essere sede di un Tribunale pure di circondario, restando per tal modo in condizioni analoghe a quelle in cui attualmente si trova”*¹⁷. Non interessa qui ora la vicenda della denominazione della pro-

mento, Urbino 1840). La Notificazione succitata riporta dunque il nome dei sette membri del Tribunale civile (che sono gli avvocati Gaetano Muzj, Crescentino Pasqualini, Pietro Falconi, Giuseppe Leoni, Domenico Sodi effettivi, nonché Pasquale Armellini e Curzio Viviani aggiunti) e dei cinque del Tribunale criminale (che sono gli avvocati Filippo Monti, luogotenente, Antonio Santi Fravolini e Francesco Massa, assessori, insieme a *“due Individui del Tribunale civile, i quali per ordine turnario di maggior età, entreranno a far parte del Tribunale criminale di anno in anno”*, art. 5). Era inoltre destinato al Tribunale di Urbino il personale necessario al suo funzionamento: due “giudici processanti” per il tribunale criminale (*“per dirigere le inquisizioni, e formare i processi nella stessa guisa, e con le stesse obbligazioni, e facoltà che competono ai Giudici Processanti nelle Delegazioni”*, art. 6); un Cancelliere (che aveva l'obbligo di tenere e conservare gli atti e i registri dell'una e dell'altra Cancelleria, art. 7), i cursori (*“o altri Ufficiali addetti all'altro Tribunale, i quali eserciteranno le loro funzioni con gli stessi regolamenti, che sono prescritti in ordine a tali Ministri nelle Delegazioni”*, art. 8), nonché, infine, e sempre per il tribunale criminale, *“a nomina della Santità Sua un Procuratore fiscale, e un Avvocato dei Rei”*, art. 10).

¹⁶ Cfr. *supra*, nt. 8.

¹⁷ Questo capoverso viene a correggere (e radicalmente, direi) quanto stabilito nel passo che lo precede immediatamente. Qui, infatti, premesso che potrebbero essere possibili, oltre a quelli disposti, molti altri accorpamenti (*“l'attuale divisione in sei provincie non può essere mantenuta”*) e molti scorpori (*“il mandamento di Gubbio che geograficamente forma parte dell'Umbria, e che da nuove strade eseguite e da altre in costruzione, viene posto a*

vincia, le contrapposizioni e le rivendicazioni fra Urbino e Pesaro¹⁸, ma piuttosto l'accenno, in una disposizione che voleva essere soltanto amministrativa, ad una parallela strutturazione giudiziaria.

Di una legge sul riordino delle circoscrizioni giudiziarie si comincia a parlare nel nuovo Parlamento Italiano

La legge 2 aprile 1865 n. 2215, per l'unificazione legislativa del Regno d'Italia¹⁹, disponeva che “4. *Il Governo del Re è autorizzato a pub-*

distanza assai più breve, da Perugia che da Pesaro, è stato riunito alla provincia dell'Umbria”), considerando particolarmente l'aumento demografico assai rilevante, il Regio Commissario Generale si era indotto “a proporre di lasciare la divisione di questo antico dipartimento in due provincie, com'è al presente, e colle stesse denominazioni, delle quali provincie l'una abbia per capo-luogo Pesaro, e si formi dei mandamenti che compongono attualmente quella di Pesaro ed Urbino, meno il mandamento di Gubbio distaccato come sopra si disse, e l'altro di Sinigaglia che passerebbe nella provincia di Ancona, alla quale ultima città Sinigaglia è unita da molti interessi commerciali, e da vicinanza maggiore che a Pesaro”.

¹⁸ Se ne accenna soltanto per l'importanza che la questione viene ad assumere nella attuale “difesa” del tribunale di Urbino, quando la legge 14 settembre 2012 n. 148 (che converte in legge il decreto legge 13 agosto n. 138) prescrive che la riorganizzazione e distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari al fine di realizzare risparmi di spesa e incremento di efficienza, debba effettuarsi garantendo di necessità la permanenza del tribunale ordinario nei circondari di comuni capoluogo di provincia alla data del 30 giugno 2011. Il citato decreto n. 4495 del 1860, art. 2, stabiliva poi che “*I Consigli Provinciali nella prima loro sessione potranno proporre al Governo quelle modificazioni che fossero reputate acconcie a meglio raggiungere il fine della legge*”, così rimandando allo Statuto della Provincia. E proprio richiamandosi al decreto del principe Eugenio di Savoia n. 4495 del 1860, il 17 ottobre 1961 il prefetto Renato Schiavo (per lui firma tale Costantino) scriveva una nota ufficiale (al Presidente della Commissione Straordinaria dell'Amministrazione Provinciale di Pesaro, ai Sindaci dei Comuni della Provincia, ai Presidenti delle I.R.A.B., al Presidente della Camera di Commercio, Industria e Agricoltura, ai Dirigenti di tutti gli Uffici Statali della Provincia) in cui si afferma che “la denominazione ufficiale di questa Provincia è “Pesaro e Urbino” e non “Pesaro-Urbino” come solitamente viene indicata. Le SS.LL., pertanto, nella redazione di tutti gli atti d'ufficio, sono pregate di volersi attenere a tale denominazione, tuttora in vigore. Attendo cortese cenno di assicurazione”, esigendone, come si vede, sicuro riscontro.

¹⁹ La legge 2 aprile 1865 n. 2215, epigrafata “per l'unificazione legislativa del Regno d'Italia” è una legge basilare, in quanto si devono ad essa i codici dell'Italia unificata, alcuni dei quali qualificabili come “nuovi”, mentre altri non erano che l'estensione a tutto il Regno dei codici piemontesi (per tutti si veda G.S. PENE VIDARI, *L'attesa dei codici nello stato sabaudo della restaurazione*, in *Riv. it. st. dir.* 68, 1995, p. 108 ss.; A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, *passim*; e ancora G.S. PENE VIDARI, *Costituzioni e codici: appunti e documenti di storia del diritto italiano*, Torino 1996, *passim*; A. FERRABOSCHI, *Borghesia e potere civico a Reggio Emilia nella seconda metà dell'Ottocento*, Soveria Mannelli 2003, p. 107 ss.). Certamente nuovo si presentava il **Codice civile**, su cui non è qui occasione per soffermarci. Nuov-

blicare con decreto reale una novella circoscrizione giudiziaria del Regno, uditi i consigli provinciali ed una commissione centrale che sarà nominata dal Ministro della giustizia. Nel provvedere alla nuova circoscrizione giudiziaria sarà tenuto conto del numero degli affari che spedisce ciascuna corte, tribunale e giudicatura, della popolazione sulla quale si esercita la loro giurisdizione, nonché di quella della città di loro residenza, della maggiore o minore distanza fra le sedi giudiziarie, facilità di mezzi stradali di comunicazione, delle condizioni topografiche, e di altrettali criteri. Sarà pure determinato con decreto reale il numero dei funzionari ed ufficiali che dovranno essere addetti alle corti, ai tribunali ed alle giudicature, e saranno nello stesso modo approvate le necessarie disposizioni transitorie”.

La nuova disciplina dell'ordinamento giudiziario viene appunto regolata con decreto 6 dicembre 1865 n. 2626. Nella sostanza il decreto rappresenta anche in questo caso l'estensione della normativa già recepita in tutto il territorio italiano dall'ordinamento vigente nello stato piemontese. Infatti l'ordinamento giudiziario Rattazzi (emanato per il Regno di Sardegna con R.D. 13 novembre 1859, n. 3781) si era esteso di fatto quasi senza modifiche a tutti il territori dello stato italiano successivo al 1860: in Emilia e in Romagna, e nelle province napoletane e siciliane fra il 1860 e il 1861; in Lombardia, dove per qualche anno si era proceduto in un regime misto con l'ordinamento austriaco, nel 1862, pur con qualche re-

vo il **Codice di procedura civile** (sulla cui derivazione da precedenti francesi, ma anche tedeschi, si veda il primo capitolo di A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano 1995, *passim*; ID., *A proposito dell'onere di “prendere posizione”*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 151 ss.). Nuovo il **Codice della Marina mercantile** (per la sua elaborazione era stata istituita da Cavour un'apposita giunta nel 1859; fu sostituito nel 1877 da un nuovo Codice per la marina mercantile e la navigazione: su cui L. NEPI MODONA, *Guida allo studio del Codice della Marina mercantile*, Roma 1891, poi G. MOSTI, *Dal Codice della Marina mercantile al codice della navigazione*, Roma 1941). Il **Codice del commercio** rappresentava l'estensione del Codice del commercio sardo all'intero territorio del Regno (non era stato previsto all'inizio dei lavori parlamentari, dal momento che la disciplina era abbastanza uniforme negli antichi stati preunitari, e fra tutti era il più antiquato tant'è che pochi anni più tardi, nel 1883, fu sostituito con un Codice più moderno, ispirato alle leggi francesi e tedesche: si veda E. RAGIONIERI, *I problemi dell'unificazione in Storia d'Italia dall'unità ad oggi*, vol. IV, 3, Torino 1976, pp. 1692 ss.; si veda anche AA.VV., *1882-1982: cento anni dal Codice di commercio*, Milano 1984, *passim*, i diversi contributi, e in particolare ivi, p. 1 ss., A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del codice di commercio del 1882*). Si deve alla stessa legge anche l'estensione del **Codice di procedura penale alle province toscane**, ed altri provvedimenti minori.

sistenza; in Toscana, dove più a lungo permase l'ordinamento granducale, nel 1865²⁰. Il decreto 2626 del 1865 lo ripropone per tutto il territorio italiano con alcune significative modifiche²¹.

Frattanto il R.D. 14 dicembre 1865, n. 1641 provvedeva a disegnare il

²⁰ Nel Veneto e a Roma solo dopo il 1871. Su tutto si veda L. POMODORO et al., *Manuale di ordinamento giudiziario*, Torino 2012, p. 2 ss.

²¹ In particolare i giudici di mandamento furono trasformati in pretori; si istituì il gratuito patrocinio che doveva sostituire l'avvocatura dei poveri; l'accesso alla carriera giudiziaria fu regolamentato con un concorso per uditore e successivo tirocinio; vennero stabilite nuove norme per il collocamento a riposo rendendo obbligatoria la dispensa dal servizio dopo il settantacinquesimo anno). Si stabiliva inoltre la separazione tra le carriere di giudice di tribunale e di pretore: dopo il concorso che costituiva alla magistratura, si prevedeva, dopo un anno di uditorato, la possibilità di superare un esame pratico per la nomina a pretore, oppure dopo tre anni quella di sostenere l'esame di aggiunto giudiziario per divenire poi giudice di tribunale (dopo altri due anni), giudice di Corte d'appello, e infine di Cassazione. Seppure l'ordinamento giudiziario del 1865 prevedesse il principio dell'unicità della Corte di cassazione, pur lasciandone indeterminata la sede e la natura giudiziaria, nel Regno d'Italia operavano quattro Corti di cassazione istituite nelle quattro città capitali degli ex stati preunitari: Torino, Firenze, Napoli e Palermo: l'articolo 125 dell'ordinamento stabiliva che ciascuna Corte fosse divisa in due sezioni, l'una per gli affari civili e l'altra per quelli penali e fosse composta di un primo presidente, di un presidente di sezione e di un certo numero di consiglieri. Scrive A. MENICONI, v. "La magistratura", in "L'unificazione", in *Treccani.it, L'Enciclopedia Italiana*: "Questo secondo le norme. Perché nella realtà i contorni delle vicende della prima leva di magistrati, entrati giovani, appena laureati (ancora peraltro in assenza di un sistema universitario nazionale che conferisse titoli di studio uniformi), nell'amministrazione unitaria, appaiono quanto mai sfumati, poco riconducibili al netto quadro normativo. Peraltro il ministro avrebbe comunque conservato una grande influenza sul secondo tipo di reclutamento, spesso il più frequente tra il 1859 e il 1890, vale a dire l'inserimento diretto nel ruolo come pretore, uditore, o giudice 'soprannumerario' (tante le definizioni dei primi anni) attingendo spesso, ma non necessariamente, da categorie prefissate (avvocati, notai)" (cfr. anche G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario forense*², Milano 2007, *passim*, ma in part. sull'emergere del problema dell'indipendenza della magistratura i *Cenni storici*, p. 35 ss., e per quello che riguarda il nostro periodo p. 54 ss.). Nella Risoluzione del CSM in data 13 gennaio 2010 si legge che "l'attuale assetto delle circoscrizioni giudiziarie deriva dalla configurazione che delle stesse disegnava la legge Rattazzi del 13 novembre 1859, n. 3781, nell'incorporare progressivamente le diverse realtà regionali al nuovo Stato unitario. Senza percorrere i complessi passaggi legislativi di questo contrastato processo, va evidenziato che il procedimento si concluse con i rr.dd. 6 dicembre 1865, n. 2626 e 14 dicembre 1865, n. 2641; nella sostanza 'si conservarono le circoscrizioni giudiziarie delle vecchie province, si riformarono quelle delle nuove', prescindendo totalmente 'da un'analisi approfondita, attraverso una valutazione statistica del movimento degli affari giudiziari, in rapporto alle attività sociali ed economiche' [così M. D'Addio, *Politica e Magistratura (1848-1876)*, Milano 1966, pp. 164-5]. Già in quell'epoca la classe politica ne discusse a lun-

primo assetto delle circoscrizioni giudiziarie, che sarebbe poi rimasto pressoché immutato per tutto il corso dell'età liberale. Il sistema giudiziario si uniformava al più generale processo di unificazione amministrativa a livello nazionale. La legge comunale e provinciale del 1865 riproduceva sostanzialmente la legge Rattazzi del 1859, nella sua divisione territoriale in livelli amministrativi uguali e uniformi (province, circondari, mandamenti e comuni) e nei suoi caratteri centralizzanti²²; la stessa suddivisione fu approvata per la struttura giudiziaria, ispirandosi al modello francese, che, anche a livello geografico, garantiva un controllo gerarchico del ministro e del governo su tutto l'ordine giudiziario. Giudici conciliatori, Pretori, Tribunali e Corti d'appello vennero così a corrispondere a comuni, mandamenti, circondari, distretti, in cui trovavano rispettivamente sede e competenza, in un sistema concentrico, in cui i mandamenti comprendevano più comuni, i circondari più mandamenti, i distretti più circondari, i distretti delle Corti di cassazione più distretti di Corte d'appello. Rispetto alla legge Rattazzi del 1859 vennero creati i giudici conciliatori (mutuati dalla legge napoletana del 1817 a loro volta ispirata per questo aspetto al *juge de paix* dell'ordinamento francese); furono istituiti i tribunali di commercio; si derivarono dagli ordinamenti toscano e lombardo i pretori che sostituivano i precedenti giudici di mandamento (o giudicature di polizia).

In particolare la situazione delle Marche successive al R.D. di annessione 17 dicembre 1860 è determinata con il Decreto 22 dicembre 1860 n. 4495/1861 di Eugenio di Savoia "Divisione delle Marche in Province, Circondari, Mandamenti e Comuni": Urbino vi compare come sede di un Tribunale cui afferiscono nove preture (Cagli, Fossombrone, Macerata Feltria, Pennabilli, S.Agata Feltria, S.Angelo in Vado, San Leo, Urbania e Urbino).

La questione dell'organizzazione della giustizia rimase durante l'età

go, non riuscendo ad eliminare il difetto d'origine, vale a dire l'assenza di un rapporto equilibrato tra i Giudici dello Stato e le comunità territoriali".

²² Con la legge 20 marzo 1865 n. 2248, "per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia", il territorio dello stato fu suddiviso gerarchicamente in vari livelli amministrativi (province, circondari, mandamenti e comuni); il comune era retto da un Consiglio comunale elettivo, una Giunta municipale, un segretario comunale e un ufficio comunale. La figura del sindaco era ibrida: definito dalla legge "capo dell'amministrazione comunale e ufficiale del Governo", era sia il rappresentante della comunità locale che del Governo centrale. Non veniva eletto dai concittadini, ma nominato per decreto regio fra i consiglieri comunali, scelto – su proposta del prefetto – dal Ministero dell'Interno.

liberale, sia per la Destra che per la Sinistra, una questione aperta: furono diversi e numerosi i progetti di riforma presentati al Parlamento, progetti che, almeno in un primo momento, si preoccupavano tutti del problema della lentezza dei processi e della retribuzione dei magistrati, ai quali si pensava potesse darsi risposta col migliorare l'organizzazione territoriale delle sedi giudiziarie e col diminuire numericamente l'organico²³.

Le uniche proposte che ebbero un esito positivo, durante il primo quindicennio di vita del Regno, furono due decreti del ministro Vigliani: il primo dei quali, il regio decreto 3 ottobre 1873, n. 1595, modificò alcuni articoli dell'ordinamento del 1865 relativi a nomine, promozioni e trasferimenti dei funzionari dell'alta magistratura; il secondo, la legge 23 dicembre 1875, n. 2839, stabilì che la nomina dei pretori venisse concessa oltre che ai vice-pretori dopo due anni di esercizio, anche ai laureati in legge dopo tre anni di pratica forense e ai procuratori ed ai notai dopo quattro anni di attività (ciò per rispondere alle preoccupazioni della mancanza del personale necessario a coprire i posti di pretore).

È appunto in corrispondenza con i dibattiti che costituirono preliminare dei progetti Vigliani che si sviluppa il secondo dei "momenti di crisi" del Tribunale di Urbino.

Ce ne viene a documentare alcuni passaggi un opuscolo di pagine rigide e copertina di carta leggera beige: è ampio di piatto, ma stretto di pagine (cm. 22 x 31, di otto pagine in tutto), *stampato a Urbino, Tipografia del Metauro, 1872*, e corredato di una bella mappa della provincia (*Milano, dal Dr. Francesco Vallardi, tipografo-editore*) che porta indicazione dei capoluoghi di circondario, dei capoluoghi di mandamento, dei comuni, appodati e annessi.

Infatti nel 1872 il sindaco di Urbino ing. Ercole Salmi, preoccupato dalle

²³ Cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Roma-Bari 1998, p. 118. Sui progetti di riforma dell'ordinamento giudiziario dei primi trenta anni del Regno si veda A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860 - 1890)*, Napoli 2007, *passim*; si veda anche P. SARACENO, *Retribuzione e condizioni economiche dei magistrati italiani dall'unità alla grande guerra*, in *I magistrati italiani dall'unità al fascismo*, Roma 1988, pp. 241-252; e su tutto C. MELLONI, *Storia dell'amministrazione della giustizia in età liberale (1976-1914)*, p. 7 s. (tesi di dottorato): "successivamente oggetto di studio del legislatore divenne il sistema del reclutamento, della carriera e, sul finire del secolo, il problema dell'indipendenza e dell'autonomia rispetto al potere esecutivo".

voci provenienti da Roma circa la soppressione dei tribunali minori che sarebbe stata attuata con la nuova legge sulla riorganizzazione delle circoscrizioni giudiziarie, si rivolse alla locale Camera degli Avvocati e alla Camera dei Procuratori²⁴, per avere un parere in merito alla vicenda. Ne è espressione il verbale del Consiglio Comunale datato 15 gennaio 1872 (presenti il sindaco ing. Ercole Salmi, e i consiglieri dott. Pompeo Natalucci, dott. Pompeo Gherardi, avv. Fulvio Viviani, sig. Placido Coen, dott. Ladislao Regini, prof. Torquato Cerquetti, dott. Natale Alippi, sig. Federico Alitti, sig. Giovanni Alippi):

Il sig. Consigliere Cerquetti avuta la parola, prende argomento dal progetto di legge della nuova circoscrizione giudiziaria, presentato dal sig. Ministro di grazia e giustizia al parlamento, e chiede e vivamente raccomanda che si facciano tutte le pratiche possibili perché il nostro tribunale non abbia a rimanere soppresso. Vorrebbe che si compilasse una ragionata memoria, corredata di documenti pontifici, per dimostrare che nell'interesse della giustizia ed anche delle

²⁴ Non era stata ancora emanata la Legge Professionale 8/6/1874 n. 1938 (cfr. M. MORELLO, P. DE CRESCENTINI, *L'Ordine degli Avvocati di Urbino* cit., p. 34 ss.), e dunque l'organizzazione del tribunale di Urbino era ancora quella dettata dall'Editto di Gregorio XVI del 17 dicembre 1834 che prevedeva una Camera di disciplina per i procuratori (§ 278. *I procuratori di ciascun tribunale civile e quelli di ciascun tribunale di appello avranno una camera di disciplina*) cui si attribuivano i compiti stabiliti al § 280 (§ 280. *Le attribuzioni della camera sono: 1.º di vegliare alla buona condotta dei procuratori e dei loro sostituti, e d'impedire gli abusi nell'esercizio delle loro funzioni; 2.º di prevenire e conciliare ogni disputa sulla restituzione dei documenti, e sulla tassa o pagamento di onorari e spese, e di manifestare il suo parere, quando non possa aver luogo la conciliazione; 3.º di rilasciare agli aspiranti i certificati di idoneità e di buona condotta. Per assicurarsi della idoneità, la camera di disciplina potrà sottoporre il candidato ad un esame sopra i principali articoli di diritto e di procedura*). Una simile Camera invero non era stata prevista anche per gli avvocati, per i quali si prevedeva invece un Consiglio di disciplina solo presso i tribunali d'appello (cioè, ai sensi dei §§ 28-29 del Regolamento 5 ottobre 1831 le sole sedi di Bologna e Macerata): § 239. *Il ceto degli avvocati esercenti nella giurisdizione di ogni tribunale di appello è rappresentato da un consiglio di disciplina*. § 240. *Questo consiglio è incaricato specialmente di in vigilare: 1.º affinché niuno degli individui addetti all'esercizio dell'avvocatura si allontani dai principi di probità e di delicatezza inerenti a questa nobile professione; 2.º affinché nell'esercizio della medesima non vi siano abusi né a danno degli avvocati, né in pregiudizio dei loro clienti*). Tuttavia, analogamente a quanto avveniva per i procuratori, anche gli avvocati si organizzarono in una Camera presso ogni tribunale di prima istanza (cfr. A.M. GIOMARO, P. DE CRESCENTINI, *Breve traccia* cit., Appendici VII e X). Purtroppo nel trasferimento di tutto l'Archivio urbinato a Pesaro (su cui *infra*, p. 80 s.) tutta la documentazione più antica è andata persa: dai nomi che firmano la memoria si può argomentare che Presidente della Camera degli avvocati fosse Demetrio Gramantieri e della Camera dei procuratori Giuseppe Cozzi.

finanze dello Stato, e per la condizione dei luoghi come per l'importanza delle popolazioni di questa parte montana della provincia, è una necessità il confermare qui in Urbino il Tribunale. Propone perciò che ad occuparsi di questo grave affare il Consiglio scelga, ed incarichi dal suo seno due legali, uno de' quali potrebb'essere il Sig. Avv. Vivarelli; e che l'incarico abbia ad estendersi anche a procurare che venga qui stabilita una sezione della Corte d'Assise.

Il sig. Consigliere Natalucci crederebbe che la proposta Cerquetti dovesse anche più allargarsi, e cioè non limitarsi a scrivere la memoria de qua, ma inviare a Roma persone pratiche e capaci, che appoggiate al Deputato del nostro Collegio e ad altre persone influenti, parlino, insistano, agiscano, e non tanto per le Assise (di cui esso Natalucci, quando ultimamente fu a Firenze per cose del Comune, ebbe occasione a conoscere le difficoltà che si affacciarono < sollevate > dal Ministero), quanto e più principalmente pel Tribunale. Egli poi troverebbe molto opportuno che la raccolta de' documenti e la compilazione della memoria o relazione venisse affidata o alla Camera de' procuratori o a quella degli avvocati presso il nostro Tribunale.

Il sig. Consigliere Gio. Alippi vorrebbe anzi che tutta la Curia fosse invitata ad interessarsene, e raccogliere d'ogni dove elementi e dati pontifici, atti a mettere in evidenza la ragione d'esistere del nostro tribunale. Ufficierebbe poi a tal uopo anche il sig. Presidente ed il sig. Procuratore del Re.

Aderendo in massimo alle preaccennate proposte tutti gli altri Sigg. Adunati, il Sig. Sindaco riassume la sostanza della discussione, e la formula di comune consentimento come segue:

Si scriva tanto al Sig. Presidente della Camera degli Avvocati quanto a quello della Camera dei procuratori presso il nostro Tribunale, pregandoli a darsi subito il pensiero di raccogliere tutti i dati pontifici ed ogni altro relativo elemento e di redigere una circostanziata e dettagliata relazione, d'onde resti comprovata non solo l'utilità ma anche la necessità per la buona e spedita amministrazione della giustizia e nell'interesse economico delle finanze dello Stato, mantenere il tribunale in questo capoluogo del circondario montano della provincia.

*Si mette poi all'ordine del giorno, per allora che si tratterà del Bilancio delle spese del Tribunale, la proposta di nominare una deputazione da mandarsi a Roma ...*²⁵

La Curia così sollecitata affidò la stesura della Memoria a Demetrio

²⁵ Archivio di Stato, Sezione di Urbino, *Risoluzioni del Consiglio Comunale* 17 (anno 1869-1872), p. 501 s.

Gramantieri e Giuseppe Cozzi, che evidentemente erano i presidenti della Camera degli avvocati e della Camera dei procuratori, i quali firmano la relazione insieme al consigliere Giovanni Alippi: *“Dietro invito di V.S. veniamo a presentarle alcune considerazioni relative a questo Tribunale Civile e Correzionale, a ciò deputati dal Collegio degli Avvocati e de' Procuratori; in nome de' quali anzitutto dobbiamo significare la compiacenza provata nell'iscorgere che il Consiglio patrio²⁶, penetrato degl'interessi della Città e del Circondario pertinenti all'amministrazione della giustizia, abbia trovato degno della sua sollecitudine lo esaminare se questo Tribunale corra verun pericolo nella progettata circoscrizione giudiziaria”*.

I protagonisti di questo momento della vicenda sono dunque due professori universitari, gli avvocati Demetrio Gramantieri²⁷ e Giusep-

²⁶ Questo “Consiglio patrio”, che ha sollecitato l'iniziativa del sindaco in quanto avrebbe “trovato degno della sua sollecitudine lo esaminare se questo Tribunale corra verun pericolo nella progettata circoscrizione giudiziaria”, è evidentemente il Consiglio Comunale, in quanto Consiglio della città “patria”.

²⁷ Poche parole ancora sui protagonisti di questa vicenda.

Demetrio Gramantieri era nato ad Alfonsine (RA); laureatosi a Bologna nel 1866; nella facoltà di Giurisprudenza, era venuto ad insegnare filosofia della storia, passato poi a introduzione generale alle scienze giuridiche, a filosofia del diritto, a diritto costituzionale che tenne fino al 1894 quando fu collocato a riposo. Morì nel 1921. “Ricorderò – scrive il rettore Antonio Vanni nella sua Relazione pronunciata il 12 novembre 1922 – ricorderò il potente ingegno, la forte tempra di filosofo, ... Ricorderò la valentia acquistata nell'esercizio della professione forense, la profonda dottrina nel campo del diritto penale, i successi riportati e la fama conquistatasi come difensore di cause criminali. Ricorderò i molteplici uffici pubblici da lui tenuti con mano ferma, con tenacia di propositi, con alacre attività, e cioè uffici municipali, quali le cariche di Consigliere comunale, di Assessore, di Pro-Sindaco di questa città, e uffici di Istituti d'istruzione, quali soprattutto quello di Rettore di questa Università nel biennio 1890-92, e quello di Presidente del R. Istituto di Belle Arti delle Marche, prima verso il 1890 e poi dal 1918 al giorno della sua morte. Ricorderò infine l'opera d'insegnante ... nonché l'opera di forbito scrittore sempre ispirato da alti sentimenti d'italianità” (cfr. *Annuario della libera Università provinciale di Urbino*, a.a. 1903-1904, Urbino 1904, p. VIII ss.). C'è davvero tutto il Gramantieri in queste poche frasi, la sua ampia attività accademica sia didattica che amministrativa, tanto ampia che ci si sorprende che vi fosse spazio per altro. C'è il suo impegno politico cittadino, attivo, e quello scientifico, in particolare indirizzato ai problemi della scuola (si può citare fra gli altri la lettera al comm. conte Camillo Marcolini *Sulla soppressione delle università libere proposta dal professore F. Magni*, del 1878; il discorso inaugurale dell'a.a. 1892-93, *Sull'indirizzo degli studi in Italia*; e ancora *Della decadenza degli studi superiori: mali e rimedi*, del 1891; il discorso *Per la pubblica Mostra dei lavori degli alunni dell'Istituto di belle arti delle Marche nell'anno scolastico 1889-90*, del 1891; la conferenza tenuta in Fermo all'associazione degli impiegati e liberi professionisti nel 1904 su *La scuola*; la *Lettera aperta a Sua E. il Ministero della Pubblica Istruzione: pro se et jure*, anche del 1904). C'è la sua passione filosofica (basti citare nei

pe Cozzi²⁸, il suddetto Consiglio Comunale, e in particolare il consi-

primi due anni del suo insegnamento urbinato le due prolusioni, la *Prolusione alla filosofia della storia*, del 1865, e la *Prolusione alla filosofia del diritto*, del 1866, o ancora, del 1867 il discorso *Della filosofia del diritto e delle attinenze sue colle altre scienze giuridiche*, o, del 1877, il *Saggio sui principj fondamentali del sapere*, nonché il suo *L'immortalità dell'anima*, del 1919. C'è (per non dire di altre propensioni dello spirito) la sua attività professionale (per cui si può citare la *Causa Marescotti-Marsili-Fornaciari in tema di giuspatronato* del 1897), ma anche il suo impegno in ambito di giurisdizione criminale rappresentato in particolare dai due Rapporti al Congresso Penitenziario Internazionale di San Pietroburgo del 1890 e di Parigi del 1895 (*Peut on admettre que certains criminels ou délinquants soient considérés comme incorrigibles, et dans le cas de l'affirmative, ques moyens pourraient être employés pour protéger la société contre cette catégorie de condamnés?* dove si sente l'eco delle teorie di Lombroso, e rispettivamente *Peut on admettre des peines privatives de liberté au cours des quelles le travail ne soit pas obligatoire? Le travail dans toutes les prisons n'est-il pas indispensable comme élément d'ordre, de préservation, de moralisation et d'hygiène?*).

²⁸ Giuseppe Cozzi era nato ad Urbisaglia (MC) nel 1936; dopo la laurea conseguita *ad honorem* presso l'Università di Macerata aveva iniziato colà una sua attività accademica per transitare subito, nel 1863, all'Università di Urbino, vincitore di un triplice concorso su Introduzione alle scienze giuridiche e politico-amministrative, su Istituzioni di diritto romano e su Diritto canonico tenutosi a Bologna davanti a separate Commissioni. Il suo insegnamento a Urbino ("Introduzione alle scienze giuridiche" che dal 1867 divenne "Diritto civile patrio", "Istituzioni di diritto romano", "Procedura civile" per i due anni 1883 e 1884, e "Istituzioni di diritto civile") si chiuse nel 1894 quando il Cozzi si ritirò per motivi di salute. Fu Preside della Facoltà di Giurisprudenza e membro del Consiglio di Reggenza. La morte sopravvenne nell'ottobre del 1903, e fu solennemente celebrata a Urbino: "L'uomo di cui parlo – voi lo intendete, o Signori, – era l'Avvocato Cavaliere Giuseppe Cozzi, già professore ordinario per 30 anni, poi da otto anni professore emerito": così il rettore Antonio Vanni nella sua relazione annuale (cfr. *Annuario della libera Università provinciale di Urbino*, a.a. 1903-1904, Urbino 1904, p. VIII ss.); e prosegue (per la parte che qui interessa): "... al foro il prof. Cozzi si trovò facilmente attratto poco dopo la sua venuta in Urbino; anzi la professione forense divenne un campo di grande attività per lui, ed ei vi attese con grande solerzia e perizia ed anche con notevole successo, emulando ben presto i migliori avvocati della città e della provincia e meritando eziandio di coprire per molti anni l'ufficio di Presidente dell'Ordine degli Avvocati di questo Circondario [...] le memorie ed allegazioni forensi dovute alla sua penna sono innumerevoli, e solo di quelle stampate si potrebbero formare parecchi volumi. La più parte di esse si fanno apprezzare per la molta dottrina, specialmente romanistica, ed alcune costituiscono vere monografie sopra importanti argomenti". Il suo nome ricorre, talora *ad adiuvandum*, talora in opposizione, nelle *Difese e lettere legali* di Secondo Meriggioli (cfr. A.M. GIOMARO, *Atti e difese forensi nel Tribunale urbinato dell'Ottocento*, in *Breve traccia per una storia dell'avvocatura urbinata* cit., p. 176 ss.), che gli fu collega sia nell'accademia che nel foro. Il catalogo SBN documenta due testi a suo mone, l'uno del 1889, *Nella causa trattata con rito sommario promossa dal sig. Domenico Gozi contro il sig. Palamede Malpeli, Marianna Malpeli in Nicoletti Luigi e Giuseppina Malpeli in Alberghetti Pio: comparsa conclusionale nell'interesse dell'attore Prof. Domenico Gozi*, dinanzi al R. Tribunale civile di Urbino (Urbino, Tip. della Cappella, 1889), e l'altra del 1899, *Nelle cause civile sommarie*

gliere Giovanni Alippi²⁹, e il sindaco Ercole Salmi³⁰.

riunite, promossa la prima da Ruspoli don Emanuele, principe di Suasa ... contro Mercuri Augusto ed Adello ..., la seconda promossa da Mercuri Augusto ed Adello ... contro Ruspoli don Emanuele comparsa conclusionale [Giuseppe Cozzi ... et al.] (Urbino, Tip. della Cappella, 1899). Va segnalata qui infine la considerazione pubblica che il Cozzi godette in Urbino, che lo portò a ricoprire diverse cariche, nel Consiglio comunale, nella Giunta, all'Asilo d'Infanzia, "o per voto popolare o per nomina di autorità" segnalandosi "per operosità coscienziosa, per probità specchiata, per tatto pratico".

²⁹ Poco possiamo dire di questo Giovanni Alippi. Il nome risulta associato in qualche modo a quello di Ercole Salmi nel 1842 per il fatto che risulta fra gli interpreti di un "*Roberto Dévéreux: melodramma tragico in tre atti*: da rappresentarsi in Urbino nel Teatro de' Nobili signori Pascolini durante il carnevale 1842-43, dedicato alla chiarissima signora Anna Viviani Salmi urbinatate" (così si legge nel titolo del libretto d'opera pubblicato a "Urbino: Co' Tipi dalla Ven. Capp. del S. Sacramento per Giuseppe Brunetti, 1842", su musica di Gaetano Donizetti. Lo sappiamo inoltre padre di quel Tito Alippi (nato a Urbino nel 1870) che fu uno dei più importanti studiosi italiani dei fenomeni tellurici [si può ricordare qui per attinenza territoriale soltanto *I bonniti del M. Nerone*, in *Bollettino della Società sismologica italiana* 8 (1902/1903), pp. 229-236 e *Bonniti e bombiti sull'alto Appennino marchigiano, in relazione coi fenomeni sismici della regione (Fisica terrestre)*, in *Bollettino* cit. 9 (1903/1904), pp. 99-114] e fisico e meteorologo di fama che ha lasciato un segno nei molti luoghi in cui ha portato il suo insegnamento (si veda la voce "Alippi, Tito" nel *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 34, 1988; di questo aspetto della sua ricerca e produzione scientifica ricordiamo soltanto *Di un'anormalità dei venti sull'alto versante dell'Adriatico rispetto alle depressioni invernali*, in *Bollettino bimensuale della Società meteorologica italiana*, XXXIII, 1916, pp. 33-37; *La previsione del tempo sul versante adriatico*, *ibid.*, XLVI, 1917, pp. 12-14; *La perturbazione atmosferica del 5 marzo 1926 sull'Adriatico*, in *Annali dell'Ufficio presagi*, III, 1929, pp. 163-169; *Meteorologia adriatica*, in *Coelum*, VI, 1936, pp. 165-171, e 188-191).

³⁰ La famiglia Salmi era originaria di Bologna. Il padre di Ercole Salmi, Giuseppe, era stato capitano dei cavalieri di Napoleone e, dopo Waterloo, era stato esiliato in Grecia: Ercole era nato dunque a Corfù, e di lì trasferitosi a Urbino, per i suoi meriti quale ingegnere provinciale, e per essersi imparentato con nobili famiglie di detta città (aveva sposato Anna Viviani), il 1° febbraio 1841 ottenne di esser aggregato alla nobiltà cittadina "con tutta la discendenza in perpetuo". Ingegnere lo si ricorda in rapporto al teatro comunale di Gubbio (l'edificio originario, del 1738, fu parzialmente demolito nel 1846 per essere ricostruito in forma più ampia e decorosa), al teatro di Urbino (iniziato nel 1846 e inaugurato nel 1853, si deve, com'è noto, al suo "maestro", Vincenzo Ghinelli col quale il Salmi collaborava anche per il teatro di Gubbio), all'Orto Botanico dell'Università di Urbino (1848-51), al teatro di Urbania (progettato nel 1857 e inaugurato nel 1864), al Mulino di Pontevecchio a Colbordolo (su cui fece un'ampia relazione datata 1875). Ercole Salmi appare una figura di spicco in quella "piccola rivoluzione marchigiana" che attraversò anche Urbino nell'agosto 1860, mentre la spedizione dei Mille portava a compimento la liberazione del Mezzogiorno. Ai primi di settembre, costituita una Giunta di Governo e proclamato un Governo Nazionale, venivano istituite due commissioni provvisorie, una per provvedere al disbrigo degli affari comunali (e di questa fa parte il nostro insieme a Adamo Ramenghi, a Luigi Mazza, al professor Francesco Massaioli), l'altra per l'arruolamento della guardia cittadina, per il mantenimento dell'ordine pubblico e per la difesa della città (composta da

Il sindaco, “dato a stampa la [...] memoria”³¹, provvede ad inoltrarla a Roma.

Il sottoscritto, avendo, giusta la deliberazione del Consiglio Municipale, dato a stampa la presente memoria indirizzata al Municipio, *sulla necessità di conservare il Tribunale Civile e Correzionale in Urbino*, ne rassegna copia agli Onorevoli Signori Senatori e Deputati; e fa Loro vivissime istanze, perché, nella discussione del disegno di legge per modificazioni all'ordinamento giudiziario, vogliano compiacersi prendere in matura considerazione le circostanze e le ragioni in essa esposte, e fare che la conservazione del Tribunale stesso rimanga assicurata.

Urbino 4 maggio 1872.

Ercole Salmi Sindaco

All' Illustrissimo Signor Sindaco
di Urbino

Dietro invito di V.S. veniamo a presentarle alcune considerazioni relative a questo Tribunale Civile e Correzionale, a ciò deputati dal Collegio degli Avvocati e de' Procuratori; in nome de' quali anzitutto dobbiamo significare la compiacenza provata nell'iscorgere che il Consiglio patrio, penetrato degl'interessi della Città e del Circondario pertinenti all'amministrazione della giustizia, abbia trovato degno della sua sollecitudine lo esaminare se questo Tribunale corra verun pericolo nella progettata circoscrizione giudiziaria.

Federico Giunchi, Romolo Corradi, Pompeo Natalucci). La prima amministrazione comunale, libera espressione della volontà popolare dopo il 1860, elegge Ercole Salmi sindaco della città (assessori erano Adamo Ramenghi, Luigi Mazza, Francesco Massaioli, l'avvocato Giambattista Vivarelli, Romolo Corradi, Filippo Grifoni; segretario il dottor Vincenzo Romani), confermando anche altre volte questa scelta.

³¹ È l'“opuscolo” cui ho fatto cenno *supra*.

Primo nostro pensiero si fu di porre gli occhi sulla legge 2 aprile 1865, colla quale il Governo del Re venne autorizzato a provvedere alla circoscrizione giudiziaria, per ritrarne un criterio presuntivo delle basi della futura riforma. All'articolo 4° per appunto si legge: «sarà tenuto conto del numero degli affari che spedisce ciascuna Corte, Tribunale e Giudicatura; della popolazione sulla quale si esercita la loro giurisdizione, non che di quella della città di loro residenza; della maggiore o minore distanza fra le sedi giudiziarie, facilità di mezzi stradali di comunicazione, delle condizioni topografiche, e di altrettali criteri.» — Il poco intervallo di tempo che ci separa dal dì che queste massime ebbero la loro consecrazione dal potere legislativo; la intrinseca loro ragionevolezza, e l'affidamento che deesi nutrire non sieno mai per manomettersi, per grette e meschine vedute, i grandi e sereni interessi della giustizia, che è fondamento dei regni e delle politiche istituzioni, assicurano che questi principii saranno pure seguiti nel determinare la circoscrizione novella.

Non è certo alla rappresentanza di questa città che abbiasi a richiamare i titoli pei quali gode tanta e sì meritata rinomanza fra le genti civili: come tra le città italiane sia delle antiche (in fatti si legge che fu edificata da cento anni intorno dopo la fondazione di Roma; e il celebre concittadino B. Baldi non dubitò di affermare esser facile e verisimil cosa che ella sia di molto più antica origine); e di lei facciamo onorata ricordanza, fra gli altri, Terenzio Varrone, M. Tullio, Valerio Massimo, Plinio e Cornelio Tacito. — Nè uopo è rammemorare come ai tempi delle fazioni italiane Urbino venisse in signoria di que' di Montefeltro; e spenta la stirpe illustre di questi, passasse di poi ai Della Rovere. E chi non sa come nell'epoca onde parliamo essa, e pel numero dei valentuomini che grandeggiarono nelle scienze, nelle lettere e nelle arti di ogni guisa, e per opera de' suoi principi e de' suoi cittadini resa di ogni arte più colta e più necessaria all'uso e all'ornamento delle repubbliche ristoratrice e maestra, emulasse lo splendore e la gloria di qual città è più famosa tra le antiche e le moderne? E si fu appunto in codesta splendidissima epoca che Guidobaldo I volendo stabilire un Tribunale civile, istituiva un Collegio di tredici sapienti, a effetto che questi trattare potessero e decidere con formale giudizio nella seconda e terza istanza tutte e ciascuna causa ecclesiastica non meno che profana o mista del proprio Stato. Non andò guari poi che l'alta dottrina e

la legge 2 aprile 1865,
art. 4

la reputazione in che sì nobile Collegio salì per la sapienza delle sue decisioni, gli ebbero meritata la facoltà di conferire la laurea dottorale in Giurisprudenza. Nè l'essere stata appresso, per la estinzione della linea dei suoi Duchi, la città devoluta ed incorporata al dominio ecclesiastico, le tolse lustro ed importanza. Essa fu sempre sede prediletta degli studii; e, centro a vasto territorio su queste pendici dell'Apennino, ritenne non meno il proprio Tribunale, la propria Università e la sua famosa Accademia. Ora, se hassi pure a riguardare alla città dove il Tribunale esiste, chi potrà contendere ad Urbino che le spetti di conservare quello che ora vi ha sede?

Che se ciò sarebbe dovuto alle sue tante e sì preclare vetuste e recenti benemeritenze verso le scienze, le lettere e le arti; ben più è da riconoscere la utilità di mantenervi il corpo giudicante, per la sua centralità rispetto alla parte montana, incline per comunanza di storia e di fortune, e stretta per la natura dei luoghi a far capo ad Urbino: laddove (è pur d'uopo notarlo) Pesaro congiunta all'una ed all'altra parte del territorio marittimo mediante la strada di ferro, è, a cagione della distanza, come diseparata dal territorio di cui Urbino è centro. Sicché qui è la giustizia più facile e più pronta; grande la economia delle spese a cagione delle più brevi distanze; più immediato e più efficace l'esempio della pena.

Appresso, se si risguardi a tutto il circostante territorio, sparso di città ragguardevoli dove hanno sede ben otto Preture assai distanti tra loro, come pure da Urbino ⁽³²⁾ (Pe-

il territorio del Circondario di Urbino comprende 8 Preture (Pesaro 4 soltanto)

³² *Cagli* dista da Urbino chil. 34.18; *Fossombrone* 18.96; *Maceratafeltria* 34.87; *Urbania* 18.84; *S. Angelo in Vado* 29.04; *S. Leo* 55.41; *S. Agatafeltria* 61.02; *Pennabilli* 53.47. Da qui prosegue una N.d.r.: È la situazione determinatasi all'indomani dell'unità d'Italia. Nel 1860, appunto, il circondario di Urbino comprendeva, oltre a Urbino, altri 8 mandamenti (Cagli, Fossombrone, Macerata Feltria, Pennabilli, Sant'Agata Feltria, Sant'Angelo in Vado, San Leo, Urbania e Urbino) e 47 comuni complessivi. In particolare, il mandamento di Urbino comprendeva i comuni di Auditore, Colbordolo, Fermignano, Montecalvo, Montefabbri (soppresso nel 1869 e aggregato ai comune di Colbordolo e Montelabbate), Monteguiduccio (soppresso nel 1868 e aggregato al comune di Montefelcino), Petriano, Tavoletto, Urbino.

saro ne novera solo quattro, due delle quali a non grande intervallo dal Capoluogo); e che Urbino dista da Pesaro oltre trentasei chilometri e vi si accede per istrada erta e difficile (l'*altitudine* di Urbino è di metri 450): si parrà chiaramente che non pure sotto l'aspetto morale ma eziandio sotto l'aspetto economico si conviene che Urbino perduri ad accogliere nel suo grembo il Tribunale Civile. A questo effetto basti accennare che nell'ultimo triennio 1869-70-71 furono qui esaminati ben 3199 testimonii pe' quali si ebbe la spesa di sole L. 31,840,85. Ora, è ovvio il comprendere che se ai medesimi fosse stato necessario discendere al lembo estremo della Provincia, a Pesaro, la spesa sarebbe quasi di altrettanto cresciuta. Similmente, le spese per indennità di trasferta giudiziaria non superarono le L. 14, 867. Pongasi per contro che gli accessi avessero avuto luogo da Pesaro che bagna il mare, su su insino agli ultimi lembi di questo Circondario: oltre la ritardata e mal sicura opera della giustizia per l'accertamento dei corpi di reato e simili, sarebbe occorsa una spesa a più doppi maggiore. E aggiungasi che l'ufficio d'Istruzione, retto da un magistrato intelligente quanto solerte, fornisce la più parte delle cause che vanno ad essere agitate dinanzi al Circolo dell'Assisie in Pesaro. Ben *settanta* furono in fatti nello scorso anno i procedimenti inviati alla Procura Generale; come non meno di *seicentotredici* furono i procedimenti a cui pose mano. Oltre ciò di più in più si aumenta il numero delle sentenze da questo Tribunale pronunziate, in materia penale segnatamente: che nell'ultimo triennio salirono a *cinquecentocinquantasei* con successivo incremento; essendo nel 1869 state *centottantuna*, laddove nel 1871 ben *duecentosedici*. Lo stesso delle sentenze pronunciate in materia civile, che furono nel 1869 *ottantaquattro*, ed *ottantanove* nel 1871. Nel quale ultimo triennio non vuolsi dimenticare che vennero pronunziati *trecentoventicinque* decreti di volontaria giurisdizione; *sesantasei* sentenze relative allo stato civile, non che *millecentoventisei* ordinanze di mano-regia. Onde si ha ragione di affermare che se dai dati statistici già pubblicati risulta che le sentenze dell'ultimo quinquennio, dal 1865 al 1869 in materia civile, e <dal> 1866 al 1870 in materia penale, furono per Pesaro duecentoventi e per Urbino *duecentocinquantuna*; e poichè il 1871 diede ad Urbino un aumento sull'anno antecedente di ben *settantadue* sentenze: è per sè

le comunicazioni sono difficili essendo territorio montano

l'attività del Tribunale è densa: "nell'ultimo triennio 1869-70-71 furono qui esaminati ben 3199 testimonii pe' quali si ebbe la spesa di sole L. 31,840,85". se tutto fosse a Pesaro: spese maggiori e ritardata giustizia; molte cause vanno da Urbino a Pesaro ("al Circolo dell'Assisie")

numero dei procedimenti, delle sentenze penali, delle civili, decreti di volontaria giurisdizione, ordinanze di mano-regia

il lavoro del Tribunale di Urbino è aumentato dal 1869 al 1871 (confronto con Pesaro)

evidente che il Circondario di Urbino offre maggior copia di lavoro giuridico al suo Tribunale che quello di Pesaro. Fatto, questo, non accidentale ma necessario a cagione appunto della sua postura: anzi è da prevedere che lo svincolo delle proprietà derivato dalle nuove leggi, dando viemaggior impulso e movimento agli affari, recherà non piccolo incremento di cause. Del pari, siccome andrà ancor molto prima che la lenta opera dell'istruzione e della educazione, penetrando nelle infime classi sparse per le campagne, ponga freno e dia più convenevole indirizzo alle passioni; così non è da confidare sia per scemare, sì è più presto da ritenere sia per crescere il numero delle cause penali. E già la statistica ne fa fede. Sicché torna agl'interessi della giustizia che qui si adempia il ministero penale, perchè maggiore e più salutare influenza esercita la repressione dei reati sull'animo di queste popolazioni.

Scarso adunque non è il lavoro del Tribunale di Urbino, la cui giurisdizione potrebbe e dovrebbe anzi essere ampliata. Sopprimerlo, per tutto incentrare a Pesaro, oltre offendere alla natura delle cose, sarebbe insieme ingiusto e dannoso: ingiusto perchè qui gli affari sono in maggior numero che colà: dannoso sia sotto l'aspetto morale che economico, perchè al disbrigo di cotanta materia occorrerebbe un numero di funzionarii proporzionato al conseguente aumento degli affari; ed oltre ciò far percorrere tutta la distanza che separa questi monti dal mare a sì gran numero di testimonii, con aggravio di spese per l'erario e pei cittadini, e con più lungo disagio. Giustamente perciò (e torna all'uopo nostro) nel sunto dei motivi del progetto di legge per modificazioni all'ordinamento giudiziario, testé presentato al Senato, è detto; «Non era poi possibile prendere per norma un minimo di affari e di popolazione, non consentendolo la grande diversità delle condizioni topografiche, alle quali è necessario avere specialissimo riguardo».

Or bene, questo riguardo è certamente debito ad Urbino per la sua postura geografica. Ciò ben s'intese eziandio al tempo della fortuna del primo Bonaparte: che quando con Decreto 2 maggio 1808 la Provincia fu unita al Regno d'Italia, sotto nome di *Dipartimento del Metauro*, si volle conservato ad Urbino il proprio Tribunale di 1^a istanza. Così non è da omettere (chi amasse altro raffronto) che questo Tribunale estende la sua giurisdizione sopra un terri-

previsione che il numero delle cause crescerà sia in ambito civile per "lo svincolo delle proprietà derivato dalle nuove leggi", sia penale dove è "lenta" l'opera dell'istruzione e della educazione"

incentrare tutto a Pesaro "sarebbe insieme ingiusto e dannoso": occorrerebbero più funzionari e più spese per coprire le distanze dall'entroterra

dalla legge

anche Napoleone col suo Decreto 2 maggio 1808 conservò ad Urbino il suo Tribunale di 1^o istanza il territorio del Tribunale di Urbino, "territorio aspro ed amplissimo", riguarda 102864 abitanti: confronto con Pesaro e altri 60 Tribunali minori

torio di 102864 abitanti, territorio aspro ed amplissimo, lad-dove quel di Pesaro sopra 99704; e come ben 60 Tribunali abbiano giurisdizione sopra una popolazione minore, da S. Miniato che ne conta 102299 insino a Portoferraio che ne ha soli 20340.

«La soppressione dei Tribunali (così nei motivi del progetto di legge testè ricordato) pare richiesta ancora dall'interesse morale della magistratura, poichè in quei piccoli centri non di rado avviene che i funzionari perdano l'abitudine allo studio ed al lavoro, e si rendano poco atti a cariche maggiori». Per vero questo interesse morale della magistratura, per quel che tocca ad Urbino non si manifesta: perchè Urbino è città pacifica di studii; ha anzi una Università fornita di una completa facoltà legale, dove si attende con amore allo studio delle leggi e del diritto. Sicchè qui si fa sentire più forte anche nel magistrato il bisogno e il dovere dello studio e del lavoro, ove a ciò sia disposto. E, se fosse lecito, avrebbesi a soggiungere che a ciò influirebbe pure il trovarsi qui un Collegio di Avvocati e Procuratori nè sfornito di intelligenza, nè trascurante degli obblighi che il nobile ufficio della difesa impone. Adunque la magistratura non si guasta in questo ambiente; e potrebbe, sapendo e volendo, migliorarsi. Che se una indagine accadesse di fare al proposito, certo più opportuna questa sarebbe: di sapere cioè se qui il Corpo giudicante sia sempre stato all'altezza del compito che la legge gli affida, per la tutela dei diritti e degl'interessi non meno della società che dei cittadini. E poichè di sopra si è toccato come questa Università venisse ingenerata dal Collegio dei Dottori ond'era allora costituito il Tribunale civile, non è da pretermettere che non ogni legame fra i due distinti istituti si è infranto: che la più parte degl'insegnanti si onora di appartenere alla Curia Urbinata; ed i giovani alunni della facoltà di giurisprudenza, in quella che attendono allo studio teorico delle leggi e del diritto, si ammaestrano insieme nella pratica del Foro: traendo il maggior prò dal sistema, consacrato dalle savie nostre istituzioni, della oralità dei dibattimenti.

Certo la S. V. non si aspetta da noi una completa esposizione delle varie potenti ragioni che favoriscono il mantenimento del Tribunale in Urbino: la civica rappresentanza non ha d'uopo di essere edotta su ciò. Le cose dette valga-

dalla legge: importanza dell'Università per dare stimolo al costante impegno di formazione e aggiornamento dei giudici; importanza del Collegio degli avvocati e procuratori

come fra Università e tribunale vi sia continuo scambio di cultura

ci sarebbero molte altre ragioni che già ben conosce l'amministrazione municipale

no soltanto a rafforzare il Consiglio nel proposito di far sentire a cui spetta i motivi pei quali questa città, sì benemerita delle presenti sorti italiane, crede e spera che la nuova circoscrizione giudiziaria non recherà nocumento ai suoi interessi legittimi, non meno che a quelli del Circondario; i quali concordano pienamente sia coi fini della giustizia, sia cogli'interessi generali dell'amministrazione e dello Stato. Le parole con cui termina il sunto dei motivi del progetto già sopra citato, ne affidano bastantemente: «È a sperare che operata con queste norme e cautele, la riforma delle circoscrizioni non produrrà il temuto malcontento; e oltre ad essere vantaggiosa per l'amministrazione della giustizia e per le finanze dello Stato, non nuocerà a nessun legittimo interesse».

dalla legge

Troppo legittimi essendo gl'interessi pei quali Urbino reclama il mantenimento del Tribunale, non le si darà adunque cagione di legittimo malcontento. Forse anche potrebbe, com'è detto, ottenere un ampliamento della sua giurisdizione territoriale, per la quale avvantaggiandosi l'amministrazione della giustizia verrebbe la città nostra a riacquistare il posto che natura le assegna in mezzo a questo territorio montano. Essa non chiede privilegi; non addimanda il premio de' molti servigi resi al risorgimento italiano. Del resto non è da Roma, che fu fatta una terza volta immortale dal genio di Raffaello, che possa venirle ora ingiustizia ed ingiuria. Se la riforma sarà saggia, atta a corroborare la disciplina, l'ordine, il rispetto per l'autorità delle leggi e del Governo, il Tribunale di Urbino non verrà abbattuto.

al contrario: richiesta di ampliamento del Circondario (fatta due volte, questa è la seconda)

altrimenti (a contrario): non ci sarebbe saggezza, giustizia, disciplina, ordine, rispetto dell'autorità

Urbino 4 febbraio 1872.

LA COMMISSIONE
GRAMANTIERI prof. DEMETRIO
COZZI prof. GIUSEPPE
ALIPPI GIOVANNI

Il documento qui riportato si pone centrale nella vicenda, che costituisce il secondo dei "momenti di crisi" cui si accennava circa la storia del Tribunale di Urbino; il quale risulta dunque scandito nelle seguenti tappe legislative.

- **1. 13 novembre 1859, n. 3781** - *Nuovo ordinamento giudiziario*
- **r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626** - *Sull'ordinamento giudiziario*
- **r.d. 14 dicembre 1865, n. 2641** - *provvedimento di approvazione del Regolamento generale giudiziario*

- **r.d. 3 ottobre 1873, n. 1595** - provvedimento di modifica del Regolamento generale giudiziario
- **l. 25 gennaio 1888, n. 5174** - provvedimento di abolizione dei tribunali di commercio³³

L'esito della vicenda si legge nel naufragio del secondo progetto De Falco³⁴.

3.

La scansione legislativa del terzo “momento di crisi” è invece la seguente:

- **r.d. 14 dicembre 1921, n. 1978** - *Sull'ordinamento giudiziario*
- **r.d. 24 marzo 1923, n. 601** - *Riguardante la circoscrizione giudiziaria del Regno*
- **r.d. 24 marzo 1923, n. 602** - *provvedimento relativo alla circoscrizione giudiziaria*
- **r.d. 28 giugno 1923, n. 1361** - *provvedimento relativo alla circoscrizione giudiziaria*
- **r.d. 15 luglio 1923, n. 1562** - *Modalità e termini per la trasmissione degli archivi delle cancellerie e norme relative al trasferimento e al servizio dei casellari giudiziari, in attuazione della nuova circoscrizione*
- **r.d.l. 2 dicembre 1923, n. 2686** - *Norme per la risoluzione delle controversie su diritti derivanti dal contratto di impiego privato*
- **r.d. 30 dicembre 1923, n. 2785** - *provvedimento relativo alla circoscrizione giudiziaria*

³³ L'abolizione dei tribunali di commercio (R.D. 25 gennaio 1888 n. 5174), considerati, in quanto tribunali speciali, sedi di antiche prerogative e di superati privilegi di casta, interessa marginalmente anche il Tribunale di Urbino per il conseguente ampliarsi della sua sfera di competenza sulle cause commerciali del territorio: queste, infatti, furono devolute ai tribunali civili e correzionali a partire dal 1° aprile del 1888 (cfr. L. 25 gennaio 1888, n. 5174: l'art. 5 stabiliva che “il Governo del Re è autorizzato a ... modificare a tale scopo le piante organiche del personale giudiziario, aumentando il personale dei vice presidenti, dei giudici e delle cancellerie ...”).

³⁴ Cfr. P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano 1967, p. 87 ss., in part. p. 90. Trattandosi in Consiglio Comunale delle “pratiche da farsi per ottenere una sessione del Circolo d'Assise in Urbino”, in data 9 ottobre 1872 si legge che “Il sig. Consigliere Gio. Alippi [...] dice poi che per riaprire le pratiche presso il Ministero, crede vevoli abbastanza le ragioni e le circostanze che furono svolte nella Memoria riguardante la circoscrizione del nostro Tribunale; Memoria compilata da una Commissione della Camera degli Avvocati e dei Procuratori, alla quale anche egli fece parte; e domanda anzi cosa se ne sia fatto e dove sia andata a finire. Il Sig. Consigliere Presidente gli risponde essersene fatta la ed anche la distribuzione a tutti i Senatori del Regno; aspettandosi di farla ai Deputati sul punto che avranno da trattare della riforma giudiziaria” [Archivio di Stato, Sezione di Urbino, *Risoluzioni del Consiglio Comunale* 18 (anno 1872-1873), p. 105].

- **r.d. 30 dicembre 1923, n. 2786** - Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura
- **r.d. 26 febbraio 1928, n. 471** - Norme per la decisione delle controversie individuali del lavoro
- **r.d. 31 maggio 1928, n. 1320** - provvedimento di modifica della circoscrizione giudiziaria
- **r.d.l. 28 settembre 1933, n. 1282** - Modificazioni alla circoscrizione giudiziaria e alle piante organiche del personale degli uffici giudiziari del Regno

Il primo governo Mussolini, costituito all'indomani della marcia su Roma e presentato alla Camera (da cui ottenne ampiamente la fiducia) il 16 novembre 1921, aveva promesso di "salvare l'Italia" non solo dalla sovversione "bolscevica"³⁵, ma anche dalla crisi economica e dal debito pubblico³⁶. Per affrontare queste "imprese" Mussolini chiese i pieni poteri (avrebbe proceduto per decreti e non per leggi) e collocò al Ministero delle Finanze un docente di economia dell'Università Ca' Foscari di Venezia, Alberto De Stefani. Il professore, convinto neoliberista, aveva in più occasioni e articoli sviluppato la tesi secondo cui l'Italia aveva bisogno di una 'restaurazione finanziaria' da ottenersi con una 'smobilitazione amministrativa', cioè mediante un ridimensionamento del bilancio statale, con tagli all'apparato pubblico e con accorpamenti di strutture e di funzioni³⁷.

³⁵ Si veda per esempio il discorso del 3 aprile 1921 ("Milano il 16 Febbraio assistette, fra lo sgomento e il terrore di una borghesia infiacchita e trepidante, ad una sfilata di 20 mila bolscevichi i quali, dopo aver inneggiato a Lenin dall'alto dei torrioni del castello, dissero che la rivoluzione bolscevica era imminente. Allora io uscii all'indomani con un articolo che fece una certa impressione anche ad alcuni amici. Era intitolato: 'Contro il ritorno della bestia trionfante'. Era un articolo in cui si diceva: noi siamo disposti a convertire le piazze delle città d'Italia in tante trincee munite di reticolati per vincere la nostra battaglia, per dare l'ultima battaglia contro questo nemico interno").

³⁶ Si veda per esempio il discorso del 16 novembre 1922, primo giorno di Mussolini come capo del Governo ("Le direttive di politica interna si riassumono in queste parole economia, lavoro, disciplina. Il problema finanziario è fondamentale: bisogna arrivare col la maggiore celerità possibile al pareggio del bilancio statale. Regime della lesina: utilizzazione intelligente delle spese: aiuto a tutte le forze produttive della Nazione").

³⁷ Fu ministro delle Finanze (dal 1922) assumendosi anche le funzioni del Tesoro (1923) nel governo Mussolini, e tale rimase fino al 1925. In un quadro economico quanto mai difficile, la sua politica di liberalizzazione dell'economia e di riduzione delle spese si incentrò, con esiti positivi, sull'aumento delle imposte indirette a vantaggio di quelle dirette, su un notevole impulso dato ai meccanismi produttivi e un alleggerimento del lavoro delle pubbliche amministrazioni, poste e ferrovie in particolare. Si cominciò dunque sopprimendo il Ministero del Tesoro, trasferendone i poteri al Ministero delle Finanze. E si giunse fino a parlare di soppressione dei piccoli comuni, giudicati incapaci di svolgere i

Così, a partire dal 1921, si comincia a discutere nel Parlamento Italiano di un nuovo riassetto delle circoscrizioni giudiziarie, dell'abolizione dei tribunali circondariali, vale a dire quelli collocati in città non capoluogo di provincia, e delle preture mandamentali minori.

Il problema delle preture era particolarmente dibattuto.

Le preture derivavano da quelle "giudicature di polizia" che già nei decreti del 13 e 20 novembre 1859 erano considerate la struttura base dell'organizzazione giudiziaria del Regno sardo-piemontese e come tali (ma con la denominazione di preture appunto) erano state riconosciute dal R.D. 6 dicembre 1865, n. 2626 per il nuovo Regno d'Italia: il successivo R.D. 14 dicembre 1865, n. 2641 aveva delineato i criteri per il reclutamento separando nettamente la carriera dei pretori da quella dei giudici di tribunale.

Nel 1890 due disposizioni erano intervenute decisamente nella materia.

La legge 30 marzo 1890, n. 6702 aveva dato delega al Governo di "diminuire il numero delle preture esistenti" sulla base di precisi criteri [art. 2: "a) della qualità degli affari; b) della popolazione, del suo movimento in aumento o in diminuzione, e delle sue condizioni economiche e morali; c) della estensione territoriale e posizione topografica, delle distanze e dello stato delle comunicazioni; d) delle condizioni climatologiche, degli ordinari rapporti d'interesse, della comparativa importanza dei vari centri di popolazione, della importanza storica delle sedi e delle tradizioni locali"], disponendo così la soppressione di circa seicentocinquanta preture (che però concretamente avevano continuato a sussistere nel numero originario in quanto le sedi sopprese si erano trasformate in sezioni delle preture rimaste). E ancora il problema delle preture (della loro natura e del loro numero) aveva interessato variamente la legge 8 giugno 1890, n. 6878 che aveva riunito le carriere di pretore e giudice, facendo della pretura il primo gradino obbligato per ascendere alle funzioni giudiziarie superiori, come poi la legge 1311 del 10 dicembre 1912 (Finocchiaro Aprile), e il R.D. 14 dicembre 1921, n. 1978³⁸.

compiti assegnati (che allora erano solo quelli demografici e poco altro). Per passare poi alla riorganizzazione geografica delle circoscrizioni.

³⁸ Ai fini che qui interessano (e cioè quelli dell'individuazione di criteri per la sopravvivenza delle sedi giudiziarie) la legge 1311 del 19 dicembre 1912 (Finocchiaro Aprile), che per altro verso rappresenta un ritorno al sistema del 1865 in quanto torna a distinguere nettamente la carriera di pretore da quella di giudice, distingue le preture (e conseguentemente i pretori) in quattro classi. Recita l'art. 8: "*Le preture sono ripartite in quattro classi. La prima classe è costituita dalle preture esistenti nei capoluoghi di provincia e nelle sedi delle Corti di appello e dei tribunali. Le altre tre classi saranno stabilite con*

Il R.D. 601/1923 venne ad unificare definitivamente la Corte di Cassazione nella sede di Roma (art. 1: *Le Corti di cassazione di Firenze, Napoli, Palermo e Torino, sono soppresse*), e a determinare “il numero e la sede delle Corti di appello e sezioni, dei tribunali e delle preture del Regno” (art. 2), disponendo per la zona “urbinata” la Corte d’appello ad Ancona, un unico tribunale, a Pesaro, e sette preture, a Cagli, Fano, Macerata Feltria, Mercatino Marecchia (poi Novafeltria), Pergola, Pesaro, Urbino. Il Tribunale di Urbino veniva dunque soppresso “forse per punire una città che restava comunque ostile al fascismo”³⁹.

Scrivono la De Crescentini che la minaccia della soppressione si era pesantemente avvertita “fin dall’anno precedente come dimostra l’allora Sindaco della città, l’avv. Antonio Baldeschi in una lettera apparsa nell’ambito di una polemica con le forze politiche antagoniste nelle pagine di un periodico locale di stampo liberale, ‘Il Gazzettino’ del 26 marzo 1922, in cui difendeva il proprio operato, ricordando l’attività svolta per tutelare le istituzioni cittadine, tra cui il Tribunale. In realtà la stampa locale non diede rilievo alla questione e solo ‘Il Gazzettino’ nel numero del primo settembre 1923 ricordava che ‘a seguito della riforma della Magistratura entrata in vigore il primo luglio u.s., Urbina aveva perso la Pretura’”⁴⁰.

Ma se la stampa locale non fu allora particolarmente attenta, i disagi si

decreto Reale tenuto conto: a) della popolazione del mandamento e delle sue condizioni economiche e morali; b) del numero degli affari nell’ultimo quinquennio”.

Il regio decreto 14 dicembre 1921, n. 1978, riportandosi alla legge Zanardelli, stabilisce il grado di pretore in un sistema di carriera unica e sopprime le sezioni di pretura, nuovamente istituite con regio decreto 24 marzo 1923, n. 601. Segue il regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2785, che conserva il sistema della carriera unica. Ultimo da ricordare per questo periodo di tempo è il regio decreto legge 23 maggio 1924, n. 772, integrato dal regio decreto 27 novembre 1924, n. 2057, che dispone la riunione delle preture dei comuni, sedi di più mandamenti, e la loro composizione in un unico ufficio di pretura con competenza estesa sull’intera circoscrizione dei mandamenti. Tale normativa prevede inoltre la ripartizione delle preture in più sezioni penali e anche sezioni promiscue.

³⁹ Così ancora la DE CRESCENTINI, *op. ult. cit.*, p. 101. La pretura di Urbino venne a ricomprendere 12 comuni, e precisamente Auditore, Borgo Pace, Colbordolo, Fermignano, Mercatello, Montecalvo in Foglia, Peglio, Petriano, Sant’Angelo in Vado, Tavoletto, Urbina, Urbino.

⁴⁰ Cfr. P. DE CRESCENTINI, *Dai progetti e dalle proposte di riforma della legge 8 giugno 1874, n. 1938 alla normativa del 1926*, in M. Morello, P. De Crescentini, *L’Ordine degli Avvocati di Urbino fra passato, presente e futuro*, Torino 2008, p. 101 ss., e in part. p. 102.

manifestarono subito pesanti. È ben vero che in base all'art. 27 del Decreto 602 di attuazione gli avvocati e i procuratori del soppresso tribunale di Urbino si ritrovarono iscritti d'ufficio nell'albo professionale del tribunale di Pesaro cui dovevano afferire secondo la nuova circoscrizione; ma le ripercussioni della soppressione sull'attività professionale degli avvocati e procuratori "urbinati" furono di non poco conto, costringendo i singoli legali a spostare la residenza o il domicilio in Pesaro, a spostare, cioè, il centro gravitazionale della propria vita anche familiare. È ben vero che a norma dell'art. 28 dello stesso Decreto tutto l'Archivio, carte e fascicoli, del tribunale di Urbino fu trasferito nell'Archivio di Pesaro; ma lì si è perso, e con quelle carte si è persa la documentazione della continuità di un impegno forense che da secoli aveva gravitato sull'entroterra.

Il Tribunale fu riaperto dieci anni dopo, nel 1933. Il Comitato⁴¹ continuava a sollecitare il Governo facendo leva soprattutto sulle caratteristiche del territorio e sulle difficoltà delle utenze costrette a lunghi e disagiati percorsi per raggiungere Pesaro. Il R.D.L. del 28 settembre 1933, n. 1282, portante le "modificazioni alla circoscrizione giudiziaria e alle piante organiche del personale degli Uffici giudiziari del Regno" ripristinava il Tribunale presso undici Comuni, e in particolare quelli di Alba, Ariano Irpino, Camerino, Fermo, Imperia, Isernia, Montepulciano, Monza, S. Angelo dei Lombardi, Urbino e Vigeveno.

Nel Giornale d'Italia del 31 gennaio la Cronaca delle Marche riporta alla pagina 5 la descrizione de "L'inaugurazione del Tribunale di Urbino"

⁴¹ L'art. 14 della legge professionale del 1926, nel disporre la soppressione degli Ordini e dei Collegi (il regolamento emanato con R.D. 1° luglio 1926 n. 1130 elevò ad unico rappresentante della classe forense il Sindacato Fascista che nel '33 avrebbe assorbito i compiti, custodia degli albi, disciplina, etc., già spettanti alle commissioni reali), recitava: "... Qualora i poteri del Direttorio <sc. del Sindacato> siano stati affidati al segretario o ad un commissario, ai sensi dell'art. 8, comma terzo, della legge 3 aprile 1926, n. 563, o dell'art. 30, comma secondo, del regio decreto 1° luglio 1926, n. 1130, le funzioni di cui alle lettere a) e d) [per cui "i Direttori ... a) esercitano le funzioni inerenti alla custodia degli albi professionali e dei registri dei praticanti e quelle relative al potere disciplinare nei confronti degli iscritti negli albi e registri medesimi; d) danno il parere sulla liquidazione degli onorari di avvocato nel caso preveduto dall'articolo 59 e negli altri casi in cui è richiesto a termini delle disposizioni vigenti"] sono esercitate da un Comitato presieduto dallo stesso segretario o commissario e composto di quattro membri, due avvocati e due procuratori, nominati dal Ministro delle corporazioni di concerto con il Ministro di grazia e giustizia tra i professionisti iscritti negli albi della circoscrizione del Tribunale. Il Comitato è composto di sei membri, tre avvocati e tre procuratori, qualora il numero complessivo degli iscritti negli albi anzidetti sia maggiore di duecento". Il Comitato di Urbino era costituito da

.....

in cui si legge: “I vantaggi che Urbino ritrarrà dalla riottenuta sede del Tribunale sono numerosissimi, sia per le persone che dovranno qui stabilirsi, magistrati e avvocati, che per lo sviluppo commerciale che si accrescerà automaticamente col maggior traffico in conseguenza del maggior numero di persone che qui dovranno venire per i loro affari”.

Urbino riebbe dunque il suo tribunale. La circoscrizione di Urbino si componeva però di tre soli mandamenti, quello di Cagli, quello di Macerata Feltria e quello di Urbino, tutte sedi di Pretura, mentre Urbania e S. Angelo in Vado, un tempo mandamenti del circondario stesso e sedi anch'esse di Pretura, rimasero semplicemente sezioni staccate della Pretura di Urbino (come era previsto già nel decreto del 1923). Rispetto alla situazione precedente il 1923, veniva meno il mandamento di Mercatino Marecchia, oggi Novafeltria, creato con la revisione delle circoscrizioni giudiziarie del 1923 e comprendente i comuni di Casteldelci, Mercatino Marecchia, Pennabilli, S. Leo e Sant'Agata Feltria. Alla pretura di Urbino venivano aggregati anche i comuni di Fossombrone, S. Ippolito e Isola del Piano, che le disposizioni del 1923 avevano attribuito alla Pretura di Fano.

4.

Poche considerazioni ancora, a schema ⁴², sull'ultimo “periodo di crisi”, che tuttora stiamo vivendo.

- **anni 1980 ed oltre**

La questione della revisione delle circoscrizioni giudiziarie comincia a destare qualche allarme nel Consiglio dell'Ordine di Urbino fin dal 1985, sotto la presidenza dell'avv. Renzetti. “Il problema della soppressione dei Tribunali minori non pare riguardare il Tribunale di Urbino, stanti le sue particolari caratteristiche quale centro del vasto territorio della provincia, con un circondario

⁴² Trattandosi di vicende che rappresentano la lunga scia di quelle non ancora completamente definite non se ne può tracciare la “storia”. Basti qui, opportunamente rivisto, il prospetto schematico della situazione consegnato al Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Urbino avv. Luigi Ciancamerla che me lo aveva richiesto all'inizio dell'anno 2012. Naturalmente si omette qui la schematizzazione di quanto trattato nelle pagine precedenti. Su tutto si veda, comunque, la citata *Risoluzione* del 13 dicembre 2010 del CSM, e, per i riflessi su Urbino, l'altrettanto citato *L'Ordine degli avvocati di Urbino fra passato, presente e futuro*, di MORELLO e DE CRESCENTINI, p. 269 ss. (in part. il cap. V, cioè DE CRESCENTINI, *Problematiche relative alla riorganizzazione delle circoscrizioni giudiziarie*).

che si estende per buona parte dell'Alto Montefeltro, stante la presenza della Libera Università degli studi con le facoltà di giurisprudenza, scienze politiche, economia e commercio, dell'Istituto superiore di applicazione forense, dell'associazione internazionale di diritto penale, degli uffici finanziari, della presenza del carcere di massima sicurezza a Fossombrone, quindi a pochi chilometri da Urbino, dell'approvazione del finanziamento del progetto di costruzione del nuovo carcere, stante infine la notevole mole di lavoro che il Tribunale svolge, senza tenere conto che l'attuale provincia di Pesaro e Urbino è stata creata con la fusione delle province di Urbino e Pesaro" (avv. Renzetti, seduta del 23 novembre 1985).

- **1988**

Il D.P.R. 11 settembre 1988, n. 449 pone definitivamente ed ufficialmente il Tribunale di Urbino tra quelli non provinciali: il timore di dover subire un accorpamento con gli uffici giudiziari di Pesaro si ripresenta vicino.

- **anni 1990: il progetto Vassalli**

il primo progetto che si è seriamente interessato del problema della razionalizzazione degli uffici giudiziari sul territorio italiano, nell'ottica di una riforma del processo civile da attuarsi con l'introduzione del giudice unico di primo grado, è quello presentato al Senato il **10 ottobre 1990 dal Ministro di grazia e giustizia, Giuliano Vassalli**, di concerto con il Ministro del Tesoro, Guido Carli, e della funzione pubblica, Remo Gaspari. Il disegno di legge, benché non approvato, costituisce tuttavia uno dei passaggi più significativi nell'ambito delle proposte di revisione delle circoscrizioni giudiziarie. Dopo aver analizzato la disomogeneità della distribuzione delle sedi giudiziarie e l'inutilità degli interventi realizzati, la proposta introduceva una serie di criteri volti ad una razionalizzazione della distribuzione geografica delle sedi di Tribunale da realizzarsi con la soppressione degli uffici giudiziari la cui presenza sul territorio non aveva più alcuna giustificazione e che comportavano pertanto un costo amministrativo superiore al servizio reso. Il criterio fondamentale individuato dal progetto Vassalli per selezionare le sedi da sopprimere era quello della "dimensione standard ottimale" di un Tribunale, determinata sulla base dei carichi di lavoro di ciascuna sede giudiziaria, calcolati sui dati dei 5 anni precedenti e fissata su un organico variabile fra 8 e 20 magistrati.

- **anni 1990 e oltre: dopo il progetto Vassalli**

- il testo del disegno di legge Vassalli, non approvato, fu espressamente ripreso nella successiva legislatura e ripresentato alla Camera, su iniziativa del deputato socialista **Raffaele Mastrantuono, il 18 novembre 1992**. Partendo ancora una volta da riflessioni tese a sottolineare le problematiche inerenti alla distribuzione delle sedi giudiziarie, la proposta di legge aveva come scopo quello di creare uffici giudiziari tendenzialmente omogenei, sopprimendo e accorpan-

do quelli che non raggiungevano lo standard dimensionale minimo delle 8 unità fissate dal disegno di legge Vassalli, in quanto la loro permanenza era considerata antieconomica.

- il progetto, che avrebbe colpito dunque i Tribunali minori e in carenza di organico (tra cui rientrava quello di Urbino), non venne approvato, ma il testo venne espressamente ripreso nella successiva legislatura con il disegno di legge n. 953, presentato al Senato **il 10 maggio 1994, su iniziativa del sen. Nicola Mancino**, “recante disposizioni sull’istituzione del giudice unico di primo grado”. La proposta poneva infatti sulla carta una riforma dell’ordinamento giudiziario, che prevedeva la soppressione delle Preture con il trasferimento al Tribunale, quale giudice unico e monocratico di primo grado, delle competenze già attribuite al Pretore. La revisione delle circoscrizioni veniva considerata un presupposto necessario ai fini della riforma dell’ordinamento giudiziario, da attuarsi con lo strumento della legge delega e sulla base dei medesimi criteri già individuati nelle passate legislature.
- le linee guida per procedere ad una diversa distribuzione territoriale dei circondari contenute nella **risoluzione del CSM pubblicata il 25 maggio 1994** si presentavano abbastanza penalizzanti per i Tribunali minori. La risoluzione proponeva di mantenere come sede di Tribunale i capoluoghi di provincia, i centri siti in zone ad elevato indice di criminalità organizzata, i centri limitrofi ai cosiddetti “Tribunali metropolitani”, nonché i centri caratterizzati da un’elevata domanda di giustizia o da una particolare intensità dei servizi resi ad imprese e famiglie. L’indicazione di quattro criteri, quali *a)* il carico di lavoro disponibile per ciascuna struttura giudiziaria, *b)* le condizioni socio-economiche di ciascuna zona, *c)* la possibilità di collegamento tra gli uffici giudiziari e i centri da essa serviti, nonché *d)* la posizione strategica del presidio giudiziario rispetto al tasso di criminalità organizzata, lasciava comunque un margine di valutazione al Parlamento, al quale spettava la decisione finale su ogni eventuale soppressione.
- da rilevare la memoria, intitolata *Note del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e dei Procuratori di Urbino*, approvata dal Consiglio il 10 giugno 1995. Le motivazioni addotte dal Presidente avv. Baldeschi puntavano soprattutto a sottolineare la posizione particolare di Urbino, sia dal punto di vista storico che da quello geografico (particolarità che aveva per altro indotto il Consiglio dell’Ordine a non aderire, in passato, al Comitato per la difesa dei Tribunali minori, pur seguendone da vicino le iniziative):
 - la funzione di co-capoluogo di provincia (già in occasione dell’elaborazione del progetto di legge Vassalli, durante

l'assemblea straordinaria del 4 febbraio 1990, l'avv. Alessandro Santini, aveva proposto di sottolineare proprio il ruolo che Urbino aveva in seno alla Provincia, per evitare la chiusura degli uffici giudiziari della città feltresca);

- la singolare posizione geografica della città feltresca all'interno di un territorio quale quello del Montefeltro, definito “a macchia di leopardo”, ossia prevalentemente montuoso, impervio e privo di agili vie di comunicazione;
- il disagio della popolazione nel ricorso alla giustizia;
- l'eccessivo carico di lavoro che ne sarebbe derivato a Pesaro;
- la presenza dell'Università di Urbino e il forte legame della struttura giudiziaria con l'Ateneo della città, legame che, aveva origini antiche, risalendo al cinquecentesco Collegio dei Dottori, nato come organo giudicante e centro di studi giuridici;
- anzi – si diceva – non solo sarebbe giustificato il mantenimento del Tribunale, ma si potrebbe addirittura chiedere la restituzione del Mandamento di Novafeltria e l'aggregazione di quello di Pergola.

A corredo della memoria illustrativa predisposta dal Consiglio forense fu allegata un'ampia documentazione, le fonti legislative, una serie di cartine geografiche volte a mostrare l'ampiezza del circondario, nonché le risultanze delle indagini demografiche condotte dai membri dell'Ordine. Vennero inoltre accluse due delibere, una del Consiglio comunale e una del Consiglio provinciale, quest'ultima datata 20 gennaio 1995, con le quali le Autorità politiche locali esprimevano una viva protesta per la futura sorte del Tribunale feltresco, ribadendo le medesime ragioni addotte dall'Ordine.

• **anni 2000 e oltre: altri progetti**

- l'idea originaria di procedere alla redistribuzione delle sedi giudiziarie contestualmente all'istituzione del giudice unico di primo grado (D.Lgs. del 19 febbraio 1998, n. 51) venne abbandonata: infatti il D.D.L. 2776, presentato al Senato **il 24 settembre 1997, disponeva la delega al Governo per la sola revisione delle circoscrizioni giudiziarie**, dettando le linee guida di una nuova riforma che, riprendendo ancora una volta i criteri elaborati in precedenza, partiva dal calcolo del carico effettivo di ciascun ufficio e individuava la dimensione ottimale di ciascun Tribunale fissando in 15 giudici l'organico minimo e in 70/80 quello massimo. A questo criterio, per la prima volta, si aggiungeva l'ipotesi di far coincidere il circondario con la Provincia.
- **Nel 2002 si cercò nuovamente di mettere mano al problema, nel-**

l'ambito della più generale riforma dell'Ordinamento giudiziario, di cui al D.D.L. 1296

presentato al Senato dal Ministro della giustizia Castelli. Il progetto prevedeva all'art. 8 una revisione delle circoscrizioni territoriali degli uffici giudiziari, da attuarsi attraverso la ridefinizione dei confini sia dei distretti di Corte d'Appello, sia dei circondari di Tribunale, sia, infine, degli uffici del giudice di pace.

- Il 15 maggio dello stesso anno il sen. Elvio Fassone presentò a sua volta un disegno di legge specificamente dedicato al problema, recante la “Delega al Governo per la revisione e la razionalizzazione delle sedi e degli uffici giudiziari”, ritenendo che difficilmente il progetto di legge Castelli avrebbe potuto realizzarsi. **Il D.D.L. Fassone** in realtà non si discostava molto dalle precedenti proposte di legge: era infatti prevista anche in questo caso la soppressione di quei Tribunali che non avessero raggiunto l'organico minimo di 15-20 magistrati, anche se si stabiliva espressamente che l'applicazione di tale criterio, per quanto fondamentale, non potesse avvenire in maniera prettamente matematica, col rischio di chiudere sedi giudiziarie necessarie per un buon funzionamento della giustizia. Anche in questo caso si ritenne opportuno far coincidere il circondario con la provincia, sopprimendo pertanto gli uffici giudiziari sub provinciali e anche quelli provinciali il cui organico non avesse giustificato la presenza di almeno 15 giudici⁴³.

⁴³ Su tutto si veda la Relazione di G. COSTANTINO, *La revisione delle circoscrizioni giudiziarie*, all'Incontro di studio dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile “*Le novità in materia di Ordinamento Giudiziario*” che si è tenuto a Bologna il 19 ottobre 2012. Come immediato precedente della riforma attuale il Costantino pone

- la l. 21 novembre 1991, n. 374, inoltre, fu soppresso il giudice conciliatore, che aveva sede in ogni comune, e fu istituito il giudice di pace; le sedi degli uffici del nuovo organo giudicante furono indicate in quelle delle preture mandamentali, soppresse qualche anno prima.

- la legge 30/1989 (“seguita dal d.l. 15 maggio 1989, n. 173, conv. in l. 11 luglio 1989, n. 251”), che “ha costituito le preture circondariali, negli stessi luoghi dove avevano sede i tribunali; le preture mandamentali divennero sedi distaccate delle circondariali”,

- la legge 254/1997 (“attuata con il d.lsg. 20 marzo 1998, n. 51”), che ha “soppresso le preture; con la l. 26 novembre 1990, n. 353, il tribunale era diventato, di regola, un organo monocratico: non aveva, quindi, senso la compresenza di due uffici di primo grado con la medesima composizione; la collegialità innanzi al tribunale fu prevista quale deroga alla regola generale dagli artt. 48 r.d. 30 dicembre 1941, n. 12, e 50 *bis* c.p.c. nel testo nell'occasione novellato; in alcune sedi delle preture circondariali furono istituite «sedi distaccate» del tribunale)

- la legge 155/1999 (“attuata con il d.lsg. 3 dicembre 1999, n. 491”), che ha “costituito i ‘tribunali metropolitani’, <ha> istituito nuovi tribunali nei circondari di quelli

La nuova geografia giudiziaria è stata infine ridisegnata dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

La delega aveva tre oggetti, i tribunali, le sedi distaccate dei tribunali e gli uffici del giudice di pace: prevedeva infatti la riduzione degli «uffici giudiziari di primo grado» (co. 1° lett. *a*), la «soppressione» ovvero la «riduzione» delle sezioni distaccate di tribunale (co. 1° lett. *d*); la riduzione degli uffici del giudice di pace (co. 1° lett. *l*).

I tribunali erano 166 e le sezioni distaccate di tribunale erano 220; le province erano (e per ora – alla data di dicembre 2012 – sono rimaste) 110; le corti di appello 26, alle quali vanno aggiunte tre sezioni distaccate (Bolzano, Sassari e Taranto). Il compito affidato al legislatore delegato consentiva la soppressione di 52 tribunali e di tutte le sezioni distaccate⁴⁴. Gli uffici del giudice di pace erano 846, dei quali 165 nelle sedi delle sopresse preture circondariali e 681 in quelle delle sopresse preture mandamentali. Il compito affidato al legislatore delegato consentiva la soppressione di 681 uffici del giudice di pace⁴⁵.

Com'è noto nella nuova revisione della geografia giudiziaria il Governo ha ridotto il numero dei tribunali di 31 unità, recuperando in extremis, rispetto al numero in un primo momento definito (di 37) le sedi nelle aree a forte presenza di criminalità organizzata, ovvero le sei sedi di Caltagirone, Sciacca, Castrovillari (in cui sarà accorpato il tribunale di Rossano), Lamezia Terme, Paola e Cassino (al quale sarà accorpata la sezione distaccata di Gaeta).

di Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino ed <ha> conseguentemente ridotto il bacino di utenza di questi ultimi.

– specifici provvedimenti, che hanno istituito nuovi uffici giudiziari o hanno modificato il territorio di quelli esistenti: il più recente è la l. 29 marzo 2012, n. 39, che ha modificato i circondari dei tribunali di Pesaro e di Rimini”.

⁴⁴ Per quanto riguarda i tribunali, la lett. *a*) del co. 1°, ha garantito la permanenza degli uffici in ogni capoluogo di provincia; la lett. *f*), quella di almeno tre tribunali per ciascun distretto di corte d'appello, incluse le sezioni distaccate di queste ultime (criterio in base al quale non sarebbe stato possibile sopprimere i tribunali di Lanusei, Larino, Rovereto e Tempio Pausania, i quali non hanno sede in capoluoghi di provincia ma fanno parte di distretti di corte di appello con meno di tre tribunali). Pertanto sono stati soppressi i tribunali di Acqui Terme; Alba; Ariano Irpino; Avezzano; Bassano del Grappa; Camerino; Casale Monferrato; Chiavari; Crema; Lanciano; Lucera; Melfi; Mistretta; Modica; Mondovì; Montepulciano; Nicosia; Orvieto; Pinerolo Rossano; Sala Consilina; Saluzzo; Sanremo; S. Angelo dei Lombardi Sulmona; Tolmezzo; Tortona; Urbino; Vasto; Vigevano; Voghera. In base al secondo criterio, infatti,

⁴⁵ Per quanto riguarda gli uffici del giudice di pace, la lett. *l*) ha limitato la revisione a quelli «dislocati in sede diversa da quella circondariale»; ma la lett. *o*) consente la conservazione degli uffici del giudice di pace con sede nei soppressi mandamenti, qualora gli enti locali ne assumano le spese.

MARIA LUISA BICCARI

*TABELLA RECANTE LE MODIFICAZIONI
DEL CIRCONDARIO DI URBINO DAL 1860*

Per giungere a definire una tabella relativa alle modificazioni della circoscrizione giudiziaria del Tribunale di Urbino, al fine di verificarne la presenza e lo spazio geografico della sua influenza, è stata condotta un'analisi puntuale e dettagliata della legislazione e della dottrina in tema di ordinamento giudiziario dall'Unità d'Italia (1860) ad oggi¹, in particolare concentrando l'attenzione sulla geografia delle sedi giudiziarie.

La Tabella esprime in estrema sintesi la situazione all'indomani dei momenti normativi in cui l'attività parlamentare o governativa si è rivolta a cercare la migliore soluzione, non tanto per le problematiche dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura², quanto piuttosto

¹ La letteratura in tema di ordinamento giudiziario è, naturalmente, infinita sia per la vastità e complessità della materia sia per le sfumature di valutazione che tutt'oggi ne continuano a derivare. Volendo dare conto qui soltanto degli studi più recenti si possono ricordare, fra i tanti, i lavori di L. POMODORO, *Manuale di ordinamento giudiziario*, Torino 2012; M. SCAPARONE, *L'ordinamento giudiziario*, Torino 2012; G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano 2010; E. ALBAMONTE, P. FILIPPI, *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Milano 2009; D. CARCANO (a cura di), *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, Milano 2009; L. ZAPPACOSTA, *Lineamenti storici ed attuali di ordinamento giudiziario*, Pescara 2009; M. FANTACCHIOTTI, F. FIANDANESE, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Padova 2008; S. MAZZAMUTO, *L'ordinamento giudiziario: itinerari di riforma*, Napoli 2008; G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense: aggiornato alla legge di riforma 30 luglio 2007, n. 111*, Milano 2007; F. TOMASSI, *La crisi della giustizia e la riforma dell'ordinamento giudiziario in Italia*, Roma 2005.

² Il problema dell'ordinamento giudiziario e della struttura del corpo giudiziario coinvolge, oggi come ieri, i temi dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura. Un'approfondita disamina della magistratura e dell'ordinamento giudiziario dall'unificazione ai primi anni del XX secolo è stata condotta da Claudia Melloni nella sua tesi di dottorato su *Storia dell'amministrazione della giustizia in età liberale (1876-1914)* (dspace.unitus.it/bitstream/2067/1079/1/cmelloni_tesid.pdf). L'a. rileva come durante tutta l'epoca dello stato liberale la funzione giudiziaria fosse caratterizzata da una condizione di subalternità rispetto al Governo (conformemente all'enunciato dell'art. 60 dello Statuto

sto per la distribuzione delle sedi giudiziarie che più rispondesse alle

Albertino secondo cui “*La giustizia emana dal re, ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce*”) con la conseguenza che la maggiore garanzia concessa ai giudici, ancora lontani dai valori di indipendenza ed autonomia dell’ordinamento giudiziario, era l’inamovibilità (l’art. 69 dello Statuto Albertino concedeva ai giudici l’inamovibilità dopo tre anni di esercizio dell’attività). Per aversi effettivamente l’indipendenza e l’autonomia dei giudici si dovrà aspettare l’inizio del Novecento quando con la creazione di particolari organi, tra cui il più importante il Consiglio Superiore della Magistratura, inizieranno a porsi le basi di un ordinamento giudiziario indipendente ed autonomo, nonché democratico come verrà poi recepito dalla Costituente.

Lo studio della Melloni si arresta alla soglia del XX secolo, nel corso del quale i due principi dovevano fare le conquiste maggiori. L’analisi potrebbe però continuare attraverso i vari studi che ne hanno accompagnato gli sviluppi, dal lavoro di A. GAGLIO, *L’autorità giudiziaria e la sua autonomia costituzionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1922, p. 99 ss. ai più recenti G. AMATO, *L’eguaglianza dei giudici e l’indipendenza della magistratura di fronte alla Corte costituzionale*, in *Democrazia e dir.*, 1964, p. 132 ss.; S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Padova 1964; P. MAROVELLI, *L’indipendenza e l’autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano 1967; A. GUSTAPANE, *L’autonomia e l’indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano 1999; ecc.

La dottrina rileva che, invero, già la sola lettura delle norme contenute nel titolo IV della Carta Costituzionale farebbe emergere come l’attuale assetto costituzionale sia volto a garantire interamente l’indipendenza e l’autonomia della magistratura stessa. Così in particolare l’articolo 101 “*La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge*” stabilisce che l’unico strumento in grado di tutelare quelle due garanzie fondamentali per la libertà di uno stato moderno, che sono appunto l’indipendenza e l’autonomia della magistratura, è la legge e l’articolo 104 “*La magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere*” sancisce l’importanza, affinché la giustizia sia amministrata in modo efficiente e rapido e, nello stesso tempo, con effettive garanzie per coloro che vi ricorrono, che i giudici siano liberi da ogni influenza degli altri due poteri dello stato, il legislativo e l’esecutivo.

A partire dalla fine degli anni Novanta la presa di coscienza della continua ingerenza da parte delle istituzioni politiche sull’esercizio della magistratura – e dunque della scarsa indipendenza ed autonomia del potere giudiziario dagli altri poteri dello stato – ha suscitato presso gli studiosi un nuovo e più aperto interesse verso i valori di autonomia e indipendenza della magistratura. Da qui i continui convegni ed incontri di studi volti a dibattere sulla necessità di individuare strumenti di politica giudiziaria capaci di risolvere la crisi dell’amministrazione della giustizia, da “*Codice etico, autonomia e indipendenza del magistrato*” (Milano, 10 aprile 1995) a “*La riforma dell’ordine giudiziario tra indipendenza della magistratura e primato della politica*” (Foggia, 5 febbraio 2005) e “*Indipendenza della magistratura e Csm. Il caso italiano, analogie e differenze con il resto d’Europa: giuristi a confronto*” (Udine, 7-8 maggio 2010), ai recentissimi “*Riforma della Giustizia e Indipendenza della magistratura*” (Padova, 8 gennaio 2013) e “*Indipendenza della magistratura, ieri ed oggi. Note in margine al libro di Giovanni Focardi Magistratura e fascismo. L’amministrazione della giustizia in Veneto. 1920-1945*” (Verona, 26 febbraio 2013).

esigenze della buona amministrazione della giustizia e dell'economicità degli esiti³.

In corrispondenza dei vari anni riportati nella prima riga della Tabella, nella seconda riga si descrive il tipo di provvedimento adottato (legge e/o decreto) con la relativa epigrafe e gli estremi della pubblicazione (al

³ Strettamente connesso con il tema dell'indipendenza della magistratura si pone poi anche il dibattito sulla separazione delle carriere, soprattutto sviluppato in questi ultimi decenni (sull'argomento si veda G. TURONE, *Riflessioni in tema di separazione delle carriere inquirente e giudicante*, in *Quest. Giust.*, 1994, p. 281 ss.; C.F. GROSSO, *Il dibattito sulla separazione delle carriere di giudice e p.m. fra preconcetti ideologici ed esigenze reali*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 3160 ss.; G. FRIGO, *Separazione delle carriere o separazione delle funzioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 730 ss.; A. SPATARO, *Distinzione delle funzioni, separazione delle funzioni o delle carriere*, in AA.VV., *Il Consiglio superiore della Magistratura*, a cura di S. Mazzamuto, Torino 2001, p. 363 ss.). Il tema sta molto a cuore alla classe forense in quanto, come rileva G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense* 2007, cit., p. 230 ss., "gli assertori della separazione delle carriere motivano la loro posizione su due semplici affermazioni: a) asseriscono che il P.M. gode di maggiore credibilità presso i giudici in quanto soggetto facente parte della stessa magistratura ordinaria; b) e asseriscono che tale maggiore credibilità infrange il principio della parità delle armi nel processo tra accusa e difesa". Com'è noto, invece, il nostro ordinamento giudiziario non prevede principi che impongano la configurazione di carriere separate dei magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicante e requirente, né norme che impediscano il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dall'una all'altra funzione. Più volte si è proposta la necessità di una legge *ad hoc* (da ultimo sotto la XVI Legislatura Berlusconi con il progetto di riforma della giustizia presentato dal Ministro Angelino Alfano) per garantire una effettiva imparzialità e terzietà della magistratura giudicante; ma ad oggi il problema non ha ancora trovato alcuna soluzione. Il mondo dell'avvocatura, per il tramite di Andrea Mascherin, segretario nazionale del CNF, così si esprimeva in un comunicato del luglio 2011 in merito all'opportunità della separazione delle carriere: "L'autonomia e l'indipendenza della magistratura in tutte le sue funzioni non si discute. Né certamente la separazione delle carriere, perorata dall'avvocatura, inficia questi principi. Ma un processo penale modello richiede un P.M. forte, un avvocato forte e un giudice terzo fortissimo". Dunque, separare le carriere significherebbe fare funzionare il processo in maniera più efficiente, garantendo l'imparzialità della decisione e la legittimità del giudice nei confronti delle parti. Ma alla proposta iniziativa si oppongono, secondo G. SCARSELLI, *op. ult. cit.*, p. 226 ss., una serie di considerazioni. Fra le quali va considerato il rischio di trasformare il P.M. da giudice a mero funzionario amministrativo, e quindi in tutto dipendente dal governo nazionale; in secondo luogo il disagio nell'attribuire ad un funzionario amministrativo, appunto, quelle funzioni che sono non solo di accusa nel processo penale, ma altresì di vigilanza nel processo civile (che dunque dovrebbero essere assegnate ad altri uffici); e va considerata ancora l'esigenza di una base e preparazione (e mentalità) che solo possono derivare dall'ambiente della giurisdizione per assolvere al meglio il delicatissimo compito tecnico della raccolta e scelta delle prove; e va considerato infine come in realtà soltanto la posizione del P.M. all'interno della magistratura possa assolvere tutte quelle garanzie di giustizia e sicurezza sociale che i cittadini richiedono.

fine di una più rapida verifica); nella terza riga si dà conto, in corrispondenza dell'anno ed a seguito del provvedimento di cui sopra, dell'esistenza di un Tribunale di Urbino e delle preture che da esso dipendono; nella quarta riga infine si legge l'indicazione dei comuni dipendenti dalla Pretura di Urbino e delle eventuali sezioni distaccate di pretura con i comuni annessi.

Ne risulta che:

Nella seconda metà del XIX secolo (negli anni analizzati 1860, 1865, 1872 e 1891) la situazione urbinata rimane pressoché invariata e praticamente ricalcata sulla situazione amministrativa (per quanto nel 1865, come risulta dagli atti parlamentari, vi sarebbe stato un progetto per una nuova distribuzione delle preture che però non fu mai discusso alla Camera)⁴: dal Tribunale di Urbino dipendono nove (9) preture (Cagli, Fossombrone, Macerata Feltria, Pennabilli, S. Agata Feltria, S. Angelo in Vado, S. Leo, Urbania, Urbino) e la Pretura di Urbino comprende i sette (7) comuni di Auditore, Colbordolo, Fermignano, Montecalvo in Foglia, Petriano, Tavoleto, Urbino. Nel 1860 peraltro compaiono anche, come dipendenti dalla Pretura di Urbino, i comuni di Montefabbri e Monteguiduccio, soppressi come tali rispettivamente nel 1869 e 1868 e i cui territori furono aggregati ai comuni di Colbordolo-Montelabbate e Montefelcino.

Per il XX secolo (fino a questo scorcio di XXI secolo) le date significative ai nostri fini sono quelle del 1923 (R.D. 601/1923 "*Riguardante la circoscrizione giudiziaria del Regno*" e R.D. 2785/1923 "*Modifiche nelle circoscrizioni giudiziarie e istituzione di sedi distaccate di pretura*"),

⁴ Sfogliando gli atti parlamentari dall'unificazione del Regno d'Italia (E. FONTANA, *Prontuario generale per materia e per ordine alfabetico e di data degli atti parlamentari dall'unificazione del Regno d'Italia al 17 giugno 1875, corredato dei risultati finali di tutte le elezioni politiche avvenute nel quindicennio 1861-75*, Roma 1875, in cui l'a. raccoglie principalmente le proposte legislative d'iniziativa del Governo e del Parlamento dall'epoca della costituzione del Regno, segnando per ciascuna le relative date di provenienza o riproduzione, delle relazioni, delle discussioni alla Camera ed adozione al Senato, nonché l'esito finale con eventuale promulgazione negli atti del Governo), si legge in corrispondenza della sessione 1865-1866, per la materia ordinamento giudiziario, di un progetto di riforma generale dell'ordinamento giudiziario proposto dal ministro De Falco, avente per titolo "*Riordinamento della giustizia correzionale, riduzione del numero dei tribunali civili e correzionali e nuova circoscrizione delle preture*" (Camera, sessione 1865-66, documento n. 97), progetto che, come testimonia Marovelli (P. MAROVELLI, *op. cit.*, p. 79), non venne discusso alla Camera a causa della crisi ministeriale.

del 1933 (R.D.L. 1282/1933 *“Modificazioni alla circoscrizione giudiziaria e alle piante organiche del personale degli uffici giudiziari del Regno”*), del 1941 (R.D. 12/1941 *“Ordinamento giudiziario”*), del 1948 (D. Lgs. 563/1948 *“Rispristino del tribunale di Saluzzo e delle preture di Aiello Calabro, Biancavilla, Cascia, Cervaro, Gibellina, Giovinazzo, Mascalucia, Oria, Orzinuovi, Poggi, Sant’Agata de’ Goti ed Urbania”*), del 1963 (D.P.R. 2105/1963 *“Modificazioni alle circoscrizioni territoriali degli uffici giudiziari”*), del 1989 (L. 30/1989 *“Costituzione delle preture circondariali e nuove norme relative alle sezioni distaccate”*), del 1998 (D. Lgs. 51/1998 *“Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado”*) e infine del 2012 (L. 39/2012 *“Modifiche dei circondari dei tribunali di Pesaro e di Rimini”* e D. Lgs. 155/2012 *“Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero, a norma dell’articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148”*).

Per il periodo dal 1923 (R.D. 24 marzo 1923 n. 601) al 1933 (R.D.L. 28 settembre 1933 n. 1282) in cui il Tribunale di Urbino fu soppresso, con conseguente aggregazione territoriale ai fini giudiziari, si dà indicazione in nota dell’esistenza del solo Tribunale di Pesaro sul quale gravita la Pretura di Urbino.

Invero, fatto salvo il periodo dei dieci anni di soppressione del Tribunale di Urbino, la Tabella documenta chiaramente le modificazioni territoriali della Pretura, sia nel senso di creazione e soppressione di sezioni distaccate all’interno della stessa Pretura, sia nel senso di “spostamenti” di territori dalla Pretura alle sezioni e viceversa.

In corrispondenza dell’anno 1923 si documenta appunto la creazione di una Sezione Distaccata di pretura a Urbania cui afferiscono i comuni di Borgo Pace, Mercatello, Peglio, S. Angelo in Vado e Urbania, mentre la Pretura di Urbino mantiene gli originari sette (7) comuni di Auditore, Colbordolo, Fermignano, Montecalvo in Foglia, Petriano, Tavoletto, Urbino.

Il regio decreto-legge 28 settembre 1933 n. 1282, ripristinando il Tribunale di Urbino, gli conferisce tre sole preture, Cagli, Macerata Feltria e Urbino, elimina la sezione urbaniese ed attribuisce alla Pretura di Urbino ben quattordici (14) comuni. Uno sguardo sinottico alle diverse colonne della Tabella consente di rendersi conto immediatamente della mutata situazione territoriale: rispetto alla situazione precedente, rappresentata dal citato regio decreto del 1923 n. 2785, al territorio della Pretura di Urbino si toglie il comune di Petriano e si aggiungono gli otto (8) comuni di Borgo Pace, Fossombrone, Isola del Piano, Mercatello, Montefelcino, S. Angelo in Vado, S. Ippolito e Urbania, per un totale di quattordici (14) comuni.

Una nuova distribuzione dei territori della Pretura si ha con il 1941

quando il R.D. n. 12 ristabilisce la Sezione Distaccata di pretura a Urbania, come prevedeva già il regio decreto del 1923 n. 2785, e dispone la creazione di due nuove Sezioni Distaccate di pretura nei comuni di Fossombrone e S. Angelo in Vado. E dal momento che alla Sezione di Fossombrone si riferiscono quattro (4) comuni (e sono Fossombrone, Isola del Piano, Montefelcino e S. Ippolito), alla Sezione di S. Angelo in Vado tre (3) comuni (e sono Borgo Pace, Mercatello e S. Angelo in Vado) e alla Sezione di Urbania un solo (1) comune, Urbania appunto, sotto la Pretura di Urbino direttamente rimangono i sei (6) comuni di Auditore, Colbordolo, Fermignano, Montecalvo in Foglia, Tavoletto e Urbino.

Il D. Lgs. del 23 aprile 1948 n. 563 lascia pressoché inalterato il sistema del 1941. La normativa prevede infatti, come unica novità, il ripristino della sede di Pretura a Urbania e, mantenendo le Sezioni Distaccate di Fossombrone e S. Angelo in Vado, riporta alla Pretura di Urbino i succitati sei (6) comuni.

Nel 1963 si dispone di nuovo la soppressione della Pretura di Urbania, trasformata in Sezione Distaccata; vengono soppresse, invece, le Sezioni Distaccate di Fossombrone e S. Angelo in Vado, cui corrisponde il passaggio di tutto il relativo territorio sotto la Pretura di Urbino, che così viene a comprendere quindici (15) comuni.

La legge 1 febbraio 1989 n. 30 istituisce come preture circondariali quelle esistenti nella stessa sede del tribunale, riducendo le ex preture mandamentali a sezioni distaccate della pretura circondariale. Urbino rimane quindi la sola sede di pretura del Tribunale di Urbino con competenza limitata agli originari sette (7) comuni di Auditore, Colbordolo, Fermignano, Montecalvo in Foglia, Petriano, Tavoletto, Urbino, mentre Cagli, Macerata Feltria, Fossombrone, S. Angelo in Vado ed Urbania divengono Sezioni Distaccate di pretura.

Segnando una svolta decisiva nel sistema di amministrazione della giustizia, il decreto legislativo n. 51 del 19 febbraio 1998 sopprime le preture e trasferisce le loro competenze ai tribunali, istituiti come giudici unici di primo grado: *“L'ufficio del pretore è soppresso, fatta salva l'attività necessaria per l'esaurimento degli affari pendenti secondo quanto previsto dal presente decreto. Fuori dei casi in cui è diversamente disposto dal presente decreto, le relative competenze sono trasferite al tribunale ordinario”* (art. 1, comma 1, L. 51/1998). Di conseguenza il Tribunale di Urbino viene a ricomprendere tutto il territorio dipendente dalle preture e sezioni distaccate prima esistenti, per un totale di trentaquattro (34) comuni.

Agli inizi del 2012, la legge 29 marzo 2012 n. 39 include nel circondario del Tribunale di Urbino anche il comune di Montecopiolo. Infine il D.

Lgs. 7 settembre 2012 n. 155, recante il nuovo quadro della geografia giudiziaria, sopprime il Tribunale di Urbino e la relativa Procura, accorpandoli al Tribunale di Pesaro, al quale ora afferiscono ben sessanta (60) comuni, e cioè i comuni di Acqualagna, Apecchio, Auditore, Barchi, Belforte all'Isauro, Borgo Pace, Cagli, Cantiano, Carpegna, Cartoceto, Colbordolo, Fano, Fermignano, Fossombrone, Fratte Rosa, Frontino, Frontone, Gabicce Mare, Gradara, Isola del Piano, Lunano, Macerata Feltria, Mercatello sul Metauro, Mercatino Conca, Mombaroccio, Mondavio, Mondolfo, Monte Cerignone, Monte Grimano Terme, Monte Porzio, Montecalvo in Foglia, Monteciccardo, Montecopiolo, Montefelcino, Montelabbate, Montemaggiore al Metauro, Orciano di Pesaro, Peglio, Pergola, Pesaro, Petriano, Piagge, Piandimeleto, Pietrarubbia, Piobbico, Saltara, S. Costanzo, S. Giorgio di Pesaro, S. Lorenzo in Campo, S. Angelo in Lizzola, S. Angelo in Vado, S. Ippolito, Sassocorvaro, Sassofeltrio, Serra S. Abbondio, Serrungarina, Tavoleto, Tavullia, Urbania, Urbino⁵.

⁵ Benché la riforma della geografia giudiziaria di cui al D. Lgs. n. 155 sia ormai prossima alla sua attuazione con conseguente soppressione del Tribunale di Urbino ed accorpamento con gli uffici giudiziari di Pesaro (seppure una lettera inviata dal Ministro della Giustizia Paola Severino al CSM il 20 febbraio 2013 sembrerebbe porre in discussione l'operatività delle nuove piante organiche), va comunque rilevato che a partire dalla fine degli anni Ottanta il Tribunale di Urbino ha più e più volte subito la minaccia di una sua soppressione, riuscendo sempre a salvarsi. Tra le iniziative promosse dal Consiglio dell'Ordine a difesa del Tribunale di Urbino, la proposta di ampliarne il circondario è sicuramente la più degna di nota. Nella memoria intitolata *Note del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e dei Procuratori di Urbino* del 10 giugno 1995 (su cui in particolare M. MORELLO, P. DE CRESCENTINI, *L'ordine degli avvocati di Urbino fra passato, presente e futuro*, Torino 2008, p. 295 ss.) si legge la richiesta di aggregare al territorio di Urbino quello dell'ex Mandamento di Mercatino Marecchia (oggi Novafeltria) – come prevedeva già il decreto del 1923 – comprendente i comuni di Casteldelci, Mercatino Marecchia, Pennabilli, S. Leo e S. Agata Feltria, e del Mandamento di Pergola. Di fatto, in quella circostanza il progetto di legge per la revisione delle circoscrizioni giudiziarie non andò in porto per cui il Tribunale di Urbino si salvò dal pericolo della soppressione senza attuare alcun trasferimento di territori. Certo è che oggi una simile aggregazione non sarebbe più possibile in quanto la legge del 3 agosto 2009 n. 117 ha definito il distacco dei comuni di Casteldelci, Maiolo, Novafeltria, Pennabilli, S. Leo, S. Agata Feltria e Talamello dalla regione Marche e loro aggregazione alla regione Emilia-Romagna, nell'ambito della provincia di Rimini. Tra l'altro ormai il D. Lgs. 155 elenca, come dipendenti dal Tribunale di Rimini, i comuni di Bellaria-Igea Marina, Casteldelci, Cattolica, Coriano, Gemmano, Maiolo, Misano Adriatico, Mondaino, Monte Colombo, Montefiore Conca, Montegridolfo, Montescudo, Morciano di Romagna, Novafeltria, Pennabilli, Poggio Berni, Riccione, Rimini, Saludecio, S. Clemente, S. Giovanni in Marignano, S. Leo, S. Agata Feltria, Santarcangelo di Romagna, Talamello, Torriana, Verucchio.

1860	1865	1872	1891	1923		1933	1941	1948	1963	1989	1998	2012		
Decreto e Relaz. 22 dicembre 1860 n. 4495 “Divisione delle Marche in Province, Circondari, Mandamenti e Comuni” (inserito nella Gazzetta Ufficiale il 28 dicembre 1860) ¹		Memoria dell'Ordine 1872 ⁴	RD 9 novembre 1891 n. 669, che determina il numero, la sede e la circoscrizione delle preture del Regno (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del Regno del 19 dicembre 1891, n. 296) con TABELLA	RD 24 marzo 1923 n. 601, riguardante la circoscrizione giudiziaria del Regno (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 12 maggio 1923, n. 112) con TABELLA	RD 30 dicembre 1923 n. 2785 “Modifiche nelle circoscrizioni giudiziarie e istituzione di sedi distaccate di pretura” (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 31 dicembre 1923, n. 306) con TABELLA	RDL 28 settembre 1933 n. 1282 (in Suppl. ordinario alla Gazzetta Ufficiale del 13 ottobre 1933, n. 239) “Modificazioni alla circoscrizione giudiziaria e alle piante organiche del personale degli uffici giudiziari del Regno” con TABELLA	Relaz. e RD 30 gennaio 1941 n. 12 “Ordinamento giudiziario” (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 4 febbraio 1941, n. 28) con TABELLA	D. Lgs 23 aprile 1948 n.563 “Rispristino del tribunale di Saluzzo e delle preture di Aiello Calabro, Biancavilla, Cascia, Cervaro, Gibellina, Giovinazzo, Mascalucia, Oria, Orzinuovi, Poppi, Sant’Agata de’ Goti ed Urbania” (in Suppl. ordinario alla Gazzetta Ufficiale del 1° giugno 1948, n. 125) con TABELLA	DPR 31 dicembre 1963 n. 2105 (in Suppl. ordinario alla Gazzetta Ufficiale del 1° febbraio 1964, n. 27) “Modificazioni alle circoscrizioni territoriali degli uffici giudiziari” con TABELLA	L 1 febbraio 1989 n. 30 “Costituzione delle preture circondariali e nuove norme relative alle sezioni distaccate” (in Suppl. ordinario alla Gazzetta Ufficiale del 6 febbraio 1989, n. 30) con TABELLA ¹³	D. Lgs 19 febbraio 1998 n. 51 “Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado” (in Suppl. ordinario n. 48/L alla Gazzetta Ufficiale del 20 marzo 1998, n. 66) con TABELLA	L 29 marzo 2012 n. 39 “Modifiche dei circondari dei tribunali di Pesaro e di Rimini” (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 12 aprile 2012, n. 86)	D. Lgs 7 settembre 2012 n. 155 ¹⁸ (in Suppl. ordinario n. 185 alla Gazzetta Ufficiale del 12 settembre 2012, n. 213) “Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero, a norma dell’articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148” con TABELLA	
Tribunale con le seguenti preture: Cagli Fossombrone Macerata Feltria Pennabilli S.Agata Feltria S.Angelo in Vado S.Leo Urbania Urbino	Tribunale con le seguenti preture: Cagli Macerata Feltria Urbino	Tribunale con le seguenti preture: Cagli Fossombrone Macerata Feltria Pennabilli S. Agata Feltria S. Angelo in Vado S. Leo Urbania Urbino	Tribunale con le seguenti preture: Cagli Fossombrone Macerata Feltria Pennabilli S. Agata Feltria S. Angelo in Vado S. Leo Urbania Urbino			Tribunale con le seguenti preture: Cagli Macerata Feltria Urbino	Tribunale con le seguenti preture: Cagli Macerata Feltria Urbania Urbino	Tribunale con le seguenti preture: Cagli Macerata Feltria Urbania Urbino	Tribunale con le seguenti preture: Cagli Macerata Feltria Urbino	Tribunale con le seguenti preture: Urbino	Tribunale come giudice unico in sostituzione delle preture con i seguenti comuni ¹⁵ : Acqualagna Apecchio Auditore Belforte all’Isauro Borgo Pace Cagli Cantiano Carpegna Colbordolo Fermignano Fossombrone Frontino Frontone Isola del Piano Lunano Macerata Feltria Mercatello sul Metauro Mercatino Conca Monte Cerignone Montecalvo in Foglia Montefelcino Montegrimano Piobbico	Tribunale come giudice unico in sostituzione delle preture con i seguenti comuni: Acqualagna Apecchio Auditore Belforte all’Isauro Borgo Pace Cagli Cantiano Carpegna Cartoceto Colbordolo Fermignano Fossombrone Frontino Frontone Isola del Piano Lunano Macerata Feltria Mercatello sul Metauro Mercatino Conca Montecalvo in Foglia Montefelcino Montecopiolo Montefelcino Montegrimano Peglio Petriano Piantimeleto Pietrarubbia Piobbico S. Angelo in Vado S. Ippolito Sassocorvaro Sassofeltrio Tavoletto Urbania Urbino ¹⁶	Tribunale come giudice unico in sostituzione delle preture con i seguenti comuni: Acqualagna Apecchio Auditore Barchi Belforte all’Isauro Borgo Pace Cagli Cantiano Carpegna Cartoceto Colbordolo Fano Fermignano Fossombrone Fratte Rosa Frontino Frontone Gabicce Mare Gradara Isola del Piano Lunano Macerata Feltria Mercatello sul Metauro Mercatino Conca Mombaroccio Mondavio Mondolfo Monte Cerignone Monte Grimano Terme Monte Porzio Montecalvo in Foglia Monteciccardo Montecopiolo Montefelcino Montelabbate Montemaggiore al Metauro Orciano di Pesaro Peglio Pergola Pesaro Petriano Piagge Piantimeleto Pietrarubbia Piobbico Saltara S. Costanzo S. Giorgio di Pesaro S. Lorenzo in Campo S. Angelo in Lizzola S. Angelo in Vado S. Ippolito Sassocorvaro Sassofeltrio Serra S. Abbondio Serrungarina Tavoletto Tavullia Urbania Urbino ²⁰	Comuni del circondario del Tribunale di Pesaro ¹⁹ : Acqualagna Apecchio Auditore Belforte all’Isauro Borgo Pace Cagli Cantiano Carpegna Cartoceto Colbordolo Fano Fermignano Fossombrone Fermignano Fossombrone Fratte Rosa Frontino Frontone Gabicce Mare Gradara Isola del Piano Lunano Macerata Feltria Mercatello sul Metauro Mercatino Conca Mombaroccio Mondavio Mondolfo Monte Cerignone Monte Grimano Terme Monte Porzio Montecalvo in Foglia Monteciccardo Montecopiolo Montefelcino Montefelcino Montelabbate Montemaggiore al Metauro Orciano di Pesaro Peglio Pergola Pesaro Petriano Piagge Piantimeleto Pietrarubbia Piobbico Saltara S. Costanzo S. Giorgio di Pesaro S. Lorenzo in Campo S. Angelo in Lizzola S. Angelo in Vado S. Ippolito Sassocorvaro Sassofeltrio Serra S. Abbondio Serrungarina Tavoletto Tavullia Urbania Urbino ²⁰
Pretura con i seguenti comuni: Auditore Colbordolo Fermignano Montecalvo Montefabbri ² Monteguiduccio ³ Petriano Tavoletto Urbino		Pretura con i seguenti comuni: Auditore Colbordolo Fermignano Montecalvo in Foglia Petriano Tavoletto Urbino ⁵	Pretura con i seguenti comuni: Auditore Colbordolo Fermignano Montecalvo in Foglia Petriano Tavoletto Urbino ⁶	Pretura con i seguenti comuni: Auditore Borgo Pace Colbordolo Fermignano Montecalvo in Foglia Petriano Tavoletto Urbino Sez. distaccata di Urbania con i seguenti comuni: Borgo Pace Mercatello Peglio S. Angelo in Vado Urbania Urbino ⁷	Pretura con i seguenti comuni: Auditore Borgo Pace Colbordolo Fermignano Montecalvo in Foglia Petriano Tavoletto Urbino Sez. distaccata di Urbania con i seguenti comuni: Borgo Pace Mercatello Peglio S. Angelo in Vado Urbania ⁸	Pretura con i seguenti comuni: Auditore Borgo Pace Colbordolo Fermignano Montecalvo in Foglia Tavoletto Urbino Sez. distaccata di Fossombrone con i seguenti comuni: Fossombrone Isola del Piano Montefelcino S. Ippolito Sez. distaccata di S. Angelo in Vado con i seguenti comuni: Borgo Pace Mercatello S. Angelo in Vado Sez. distaccata di Urbania con i seguenti comuni: Urbania ¹⁰	Pretura con i seguenti comuni: Auditore Colbordolo Fermignano Montecalvo in Foglia Tavoletto Urbino Sez. distaccata di Fossombrone con i seguenti comuni: Fossombrone Isola del Piano Montefelcino S. Ippolito Sez. distaccata di S. Angelo in Vado con i seguenti comuni: Borgo Pace Mercatello S. Angelo in Vado ¹¹	Pretura con i seguenti comuni: Auditore Colbordolo Fermignano Montecalvo in Foglia Tavoletto Urbino Sez. distaccata di Urbania con i seguenti comuni: Urbania ¹²	Pretura con i seguenti comuni: Auditore Colbordolo Fermignano Montecalvo in Foglia Petriano Tavoletto Urbino Sez. distaccata di Cagli con i seguenti comuni: Acqualagna Apecchio Cagli Cantiano Frontone Piobbico Sez. distaccata di Macerata Feltria con i seguenti comuni: Belforte all’Isauro Carpegna Frontino Lunano Macerata Feltria Mercatino Conca Monte Cerignone Montegrimano Piantimeleto Pietrarubbia Piobbico S. Angelo in Vado S. Ippolito Sassocorvaro Sassofeltrio Tavoletto Urbania Urbino ¹⁶ Sez. distaccata di Fossombrone con i seguenti comuni: Fossombrone Isola del Piano Montefelcino S. Ippolito Sez. distaccata di S. Angelo in Vado con i seguenti comuni: Borgo Pace Mercatello sul Metauro S. Angelo in Vado Sez. distaccata di Urbania con i seguenti comuni: Peglio Urbania ¹⁴					

¹ Cfr. *Collezione celerifera delle Leggi, Decreti, Istruzioni e Circolari pubblicate nell'anno 1861 ed altre anteriori*, Anno XLI, Parte prima, Torino 1861, p.86.

² Comune soppresso nel 1869 e aggregato ai comuni di Colbordolo e Montelabbate.

³ Comune soppresso nel 1868 e aggregato al comune di Montefelcino.

⁴ Si tratta della *Memoria sulla necessità di conservare il Tribunale Civile e Correzionale in Urbino* datata 4 febbraio 1872 , a firma di Demetrio Gramantieri, Giuseppe Cozzi e Giovanni Alippi, su cui all'articolo di A.M. GIOMARO, *Ancora sul Tribunale di Urbino. La sua travagliata storia in rapporto al rischio della soppressione*.

⁵ Rispetto alla precedente situazione del 1865, è ricostituita la sede di pretura nei comuni di Fossombrone, Pennabilli, S. Agata Feltria, S. Angelo in Vado, S. Leo ed Urbania.

⁶ Rispetto alla precedente situazione del 1872, rimangono invariate sia le sedi di pretura del Tribunale di Urbino sia i comuni della Pretura di Urbino.

⁷ Rispetto alla precedente situazione del 1891, è attivo soltanto il Tribunale di Pesaro con le seguenti preture: Cagli, Fano, Macerata Feltria, Mercatino Marecchia, Pergola, Pesaro, Urbino. Urbino mantiene dunque la pretura con i nuovi comuni di Borgo Pace, Mercatello, Peglio, S. Angelo in Vado ed Urbania, prima dipendenti dalla Pretura di Urbino.

⁸ Rispetto alla precedente situazione del marzo 1923, nel dicembre dello stesso anno Urbania diviene sede distaccata di pretura con i comuni di Borgo Pace, Mercatello, Peglio, S. Angelo in Vado ed Urbania, prima dipendenti dalla Pretura di Urbino.

⁹ Rispetto alla precedente situazione del dicembre 1923, viene ripristinata la sede del tribunale nel comune di Urbino con le preture di Cagli, Macerata Feltria ed Urbino. In particolare, nella circoscrizione territoriale della Pretura di Urbino viene soppressa la sezione distaccata di pretura di Urbania, il territorio viene aggregato alla Pretura di Urbino, in cui vengono anche inseriti i comuni di Fossombrone, Isola del Piano, Montefelcino e S. Ippolito e soppressi i comuni di Peglio e Petriano.

¹⁰ Rispetto alla precedente situazione del 1933, viene ripristinata la sezione distaccata di pretura nel comune di Urbania e sono istituite due nuove sezioni distaccate di pretura nei comuni di Fossombrone e S. Angelo in Vado. Pertanto i comuni di Borgo Pace, Fossombrone, Isola del Piano, Mercatello, Montefelcino, S. Angelo in Vado, S. Ippolito ed Urbania vengono staccati dalla Pretura di Urbino ed aggregati alle menzionate sezioni distaccate di pretura.

¹¹ Rispetto alla precedente situazione del 1941, viene ricostituita la sede di pretura nel comune di Urbania.

¹² Rispetto alla precedente situazione del 1948, viene soppressa la sede di pretura di Urbania, trasformata in sezione distaccata di pretura. Sono soppresses le sedi distaccate di pretura nei comuni di Fossombrone e S. Angelo in Vado ed il relativo territorio viene aggregato alla Pretura di Urbino, in cui sono ripristinati anche i comuni di Peglio e Petriano.

¹³ La Legge 21 novembre 1991, n. 374 (in Suppl. ordinario n. 76 alla Gazz. Uff. del 27 novembre 1991, n. 278) recante “Istituzione del giudice di pace” designa la figura del giudice di pace che, ex art. 2, comma 1, ha sede in tutti i capoluoghi dei mandamenti esistenti fino alla data di entrata in vigore della legge 1 febbraio 1989, n. 30, con competenza in materia civile e penale e funzione conciliativa in materia civile.

¹⁴ Rispetto alla precedente situazione del 1963, Urbino risulta l'unica sede di pretura del Tribunale di Urbino. Cagli, Macerata Feltria, Fossombrone, S. Angelo in Vado ed Urbania divengono sezioni distaccate di pretura.

¹⁵ Art. 1, comma 1, D. Lgs 51/1998: “*L'ufficio del pretore è soppresso, fatta salva l'attività necessaria per l'esaurimento degli affari pendenti secondo quanto previsto dal presente decreto. Fuori dei casi in cui è diversamente disposto dal presente decreto, le relative competenze sono trasferite al tribunale ordinario*”.

¹⁶ Rispetto alla precedente situazione del 1989, vengono soppresses tutte le sedi e le sezioni distaccate di pretura. Il territorio viene aggregato al Tribunale di Urbino quale giudice unico.

¹⁷ Rispetto alla precedente situazione del 1998, viene inserito nel circondario del Tribunale di Urbino il comune di Montecopiolo.

¹⁸ Il D. Lgs 7 settembre 2012 n. 156 (in Suppl. ordinario n. 185 alla Gazz. Uff. del 12 settembre 2012, n. 213) recante “Revisione delle circoscrizioni giudiziarie – Uffici dei giudici di pace, a norma dell’articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148” prevede la soppressione di 667 uffici del giudice di pace, tra cui nel circondario del Tribunale di Urbino quelli di Cagli e Macerata Feltria.

¹⁹ Il D. Lgs 155/2012 prevede la soppressione di 31 tribunali e delle relative procure, ed in ispecie: Acqui Terme; Alba; Ariano Irpino; Avezzano; Bassano del Grappa; Camerino; Casale Monferrato; Chiavari; Crema; Lanciano; Lucera; Melfi; Mistretta; Modica; Mondovì; Montepulciano; Nicasia; Orvieto; Pinerolo; Rossano; Sala Consilina; Saluzzo; Sanremo; Sant’Angelo dei Lombardi; Sulmona; Tolmezzo; Tortona; Urbino; Vasto; Vigevano; Voghera.

²⁰ Rispetto alla precedente situazione del marzo 2012, nel settembre dello stesso anno viene soppressa la sede del Tribunale nel comune di Urbino ed il relativo territorio aggregato al Tribunale di Pesaro, con i comuni di Barchi, Cartoceto, Fano, Fratte Rosa, Gabicce Mare, Gradara, Mombaroccio, Mondavio, Mondolfo, Monte Porzio, Monteciccardo, Montelabbate, Montemaggiore al Metauro, Orciano di Pesaro, Pergola, Pesaro, Piagge, Saltara, S. Costanzo, S. Giorgio di Pesaro, S. Lorenzo in Campo, S. Angelo in Lizzola, Serra S. Abbondio, Serrungarina, Tavullia.

LUIGI MARI

*L'INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE NEL QUADRO
DELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO
(A PROPOSITO DI RECENTI CASI
DI SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI) **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'interesse superiore del minore negli atti internazionali. – 3. (*Segue*). Preminenza su altri interessi. – 4. La sottrazione dei minori nelle discipline de L'Aja e di Bruxelles. – 5. La tutela astratta dell'interesse del minore nella giurisprudenza di Lussemburgo. – 6. La tutela concreta dell'interesse del minore nella giurisprudenza di Strasburgo. – 7. Conclusioni.

1. 18 ottobre 1862. In una lettera indirizzata all'editore italiano de *I miserabili*, Victor Hugo denuncia il “flagrante delitto” che gli ordinamenti sociali della sua epoca perpetrano nei confronti delle donne e dei bambini, crudelmente destinati a condurre un'esistenza estromessa dal diritto: “...mostratemi la donna e il bambino. È dalla somma di protezione accordata a queste due creature deboli che si misura il livello di civiltà....Qual è la quantità di verità che esce dalle vostre leggi e la quantità di giustizia che esce dai vostri tribunali?”¹.

È un fatto che in gran parte del nostro mondo evoluto e globalizzato si è ancora fermi alla penosa realtà sociale stigmatizzata da quella appassionata denuncia. Ma per quanto gravi ed urgenti, non è a questioni generali di così tanta complessità che intendiamo rivolgere ora la nostra attenzione. Più modestamente, c'interessa stringere il campo d'osservazione a qualche aspetto della condizione dei minori – meglio, dei “bambini” o “fanciulli”, per evidenziare la fragilità della loro dimensione esistenziale – nella nostra società europea, la quale pretende di porre i diritti fondamentali dell'individuo a propria essenza costitutiva. Guardando specificamente alle tutele apprestate nell'ordinamento europeo – nell'accezione lata di complessi normativi vigenti nel nostro continente –, qual è la

* Saggio destinato al *Liber Amicorum Augusto Sinagra*.

¹ La lettera, pubblicata alla fine del V volume della prima edizione italiana de *I Miserabili*, G. Daelli editore, 1862-1863, è stata ripubblicata su *Il Sole 24 Ore/Domenica* del 20 maggio 2012.

quantità di verità che esce dalle *sue* leggi e la quantità di giustizia che esce dai *suoi* tribunali?

A livello delle fonti internazionali, che pure rappresentano parte cospicua dell'ordinamento europeo, la quantità di testi che proclamano e sanciscono tutela incondizionata dei minori, nelle più svariate situazioni in cui possono trovarsi coinvolti, è davvero impressionante. Nelle recenti "*Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla giustizia a misura di minore*", adottate il 17 novembre 2010², sono richiamati, fra convenzioni e raccomandazioni, decine di atti internazionali. La concezione di fondo che li ispira è che ai minori debbano essere riconosciuti diritti specificamente adeguati alla loro realtà esistenziale, non solo i diritti genericamente riferibili ad essi in quanto persona. Di qui il principio, affermato o sottinteso dalla generalità dei documenti internazionali, che ad essi debba essere accordata una protezione speciale, in funzione della naturale debolezza della loro condizione fisica e psichica³. Si direbbe dunque che la coscienza universale assegni al rispetto e alla protezione dei minori un valore intrinsecamente assoluto, una "dignità" nel senso kantiano del termine⁴.

Ai nostri fini non occorre, né sarebbe possibile in un saggio necessariamente contenuto, passare in rassegna i diritti internazionalmente riconosciuti ai minori. C'interessa, piuttosto, il momento dell'attuazione concreta della protezione ad essi accordata, attuazione che presenta profili di particolare problematicità proprio nel contesto transnazionale in cui opera il diritto dell'Unione europea, al quale intendiamo principalmente riferirci. Ci soffermeremo perciò sulle modalità con le quali esso concretizza il principio dell'*interesse superiore del minore* nel non raro caso in cui tale interesse è più direttamente e drammaticamente coinvolto: la sottrazione internazionale dei minori. Cercheremo così, sia pure in termini ine-

² Il testo, in traduzione non ufficiale, è reperibile all'indirizzo www.minoriefamiglia.it/categoria-www/id_47/ (per il testo ufficiale v. all'indirizzo www.marinacastellana.it/category/diritti-dei-bambini).

³ Artt. 23 e 24 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966) e art. 10 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali. L'idea è già presente nella *Déclaration de Genève del 26 settembre 1924* (*Déclaration des Droits de l'Enfant*) della Società delle Nazioni, primo documento internazionale che riconosca ai minori alcuni diritti fondamentali.

⁴ L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali dei bambini*, in *Atti del XXX Congresso nazionale AIMMF*, reperibile al sito www.minoriefamiglia.it.

vitabilmente parziali, di farci un'idea della quantità di verità e della quantità di giustizia che escono dalle leggi e dai tribunali europei.

2. Di "interesse superiore del minore" si parla già nella Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 20 novembre 1959, n. 1386 (XIV) (*Déclaration des droits de l'enfant*), dove si legge (Principio n. 7, primo cpv.) "*L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents*".

In modo analogo, ma ampliando l'ambito d'operatività del principio, l'interesse superiore del minore, o piuttosto dei bambini, è affermato nell'art. 3, par. 1, della Convenzione del 1989 sui diritti dei fanciulli ("In tutte le azioni riguardanti bambini, se avviate da istituzioni di assistenza sociale, private o pubbliche, tribunali, autorità amministrative o corpi legislativi, i maggiori interessi del bambino devono costituire oggetto di primaria considerazione"). Sempre a questo superiore interesse si riferisce anche l'art. 18 della Convenzione, ponendolo a criterio fondamentale nell'esplicazione della potestà genitoriale⁵.

Dello stesso tenore, il par. 2 dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente".

Specificamente finalizzata alla concretizzazione dell'interesse superiore dei minori è poi la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio del 1996 (in vigore per l'Italia dal 1° novembre 2003). Come lo definisce l'art. 1, par. 2, oggetto della Convenzione è promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone o organi, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria. Al par. 3 si precisa che i procedimenti che interessano i minori sono quelli in materia di famiglia, in particolare quelli relativi all'esercizio delle responsabilità genitoriali, soprattutto in materia di residenza e di diritto di visita nei confronti dei minori.

Di particolare rilievo è l'art. 6, il quale impone all'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, di accertare se dispone di in-

⁵ Sulla Convenzione, v. M.R. SAULLE (a cura di), *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994.

formazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, di ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali. Quando poi il minore riveli capacità di discernimento, l'autorità giudiziaria deve assicurarsi che il minore abbia avuto tutte le informazioni pertinenti, e deve consultarlo personalmente, nei casi che lo richiedono, nelle forme più adeguate, tenendo in debito conto l'opinione da lui espressa. Ciò, naturalmente, sempre che non sia manifestamente contrario all'interesse superiore del minore.

È appena il caso di notare che le norme sin qui richiamate sono tutte dotate di efficacia imperativa⁶. Ce lo rammenta la Corte costituzionale in una recentissima sentenza dello scorso 15 febbraio, la n. 31 del 2012, sulla quale avremo modo di tornare in seguito. Né è da meno la Corte di Cassazione, che nella ben argomentata sentenza del 10 maggio 2011, n. 10265, richiama il citato art. 18 della convenzione del 1989 a fondamento della prospettiva che conferisce centralità e preminenza alla posizione dei minori nei riguardi della potestà genitoriale⁷.

Last but not least, l'interesse superiore del minore traspare quale principio imperativo dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che lo ha ripetutamente valorizzato, come meglio si vedrà, nel definire la portata del divieto di ingerenza nella vita privata e familiare stabilito dall'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁸.

⁶ Cfr. A. CANNONE, *L'interesse del fanciullo*, cit., p. 553.

⁷ *Giust. civ.*, 2012, I, pp. 1055 ss.

⁸ Su tali aspetti e sul principio generale, v. E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 283 ss.; A. CANNONE, *L'interesse del fanciullo nelle convenzioni internazionali dell'Aja*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, pp. 549 ss.; M. MARCHEGIANI, *Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2011, pp. 987 ss.; R. DI CHIO, *La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009, pp. 91 ss. L'interesse superiore del minore vuole essere altresì il principio che ispira e fonda tutta la disciplina della responsabilità genitoriale dettata dal regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 (c.d. Bruxelles II-bis, poi Bruxelles II in seguito all'abrogazione del reg. 1347/00 da esso stesso operata). A tale riguardo, v. M.C. BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento*

3. Ai fini del nostro discorso non interessa dar conto del confronto di opinioni intorno alla nozione di interesse del minore e al suo statuto dogmatico. È fuor di dubbio che siamo dinanzi ad un concetto indeterminato, che si apparenta alle clausole generali di cui ogni ordinamento conosce molteplici esempi. La sua natura non muta quando l'interesse è qualificato "superiore". Anche qui siamo in presenza di una clausola generale, ma la determinazione del suo valore ed efficacia si pone in una più complessa prospettiva⁹.

Ora, come solitamente avviene per questo genere di norme, "il giudice non dispone di un patrimonio di dati offerti dal testo normativo" ma deve orientarsi nella ricerca della giusta decisione verso valori e standards valutativi forniti dall'esperienza sociale¹⁰. Ciò che costituisce interesse superiore del minore non è dunque accertabile indipendentemente da ogni riferimento ai dati dell'esperienza sociale e del concreto contesto esistenziale del minore. L'interesse superiore del minore non è predeterminato in una fattispecie astratta, ma va individuato caso per caso anche in difformità, se necessario, dall'assetto o composizione degli interessi che la legge prefigura in via generale. Sembra quasi banale sottolineare questo aspetto, ma se ne comprenderà dopo la decisiva importanza e rilevanza.

Inoltre, è da notare che l'interesse superiore del minore è sì oggetto autonomo di accertamento, ma l'accertamento è destinato ad operare nell'ambito di altre norme, vuoi sostanziali vuoi processuali. Esso può allora intervenire o in funzione integrativa del significato di norme che riguardano la situazione giuridica del minore (ad esempio nell'esercizio della potestà genitoriale: art. 18, par. 1, Conv. 1989) o come criterio di soluzione di antinomie tra i valori in essa presenti e protetti (ad esempio, separazione del bambino dai genitori contro la loro volontà: art. 9 par. 1, Conv. 1989), o ancora come limite o deroga ai diritti e facoltà connessi a quella situazione (ad esempio, esclusione di rapporti del bambino con i genitori da cui è stato separato: art. 9, par. 3, Conv. 1989; v. anche art. 316 cc. ult. comma: potestà genitoriale ad uno dei genitori).

Bruxelles II, in S.M. CARBONE - I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, pp. 257 ss. Sul punto v. *infra*.

⁹ Naturalmente, è possibile che l'interesse superiore del minore assuma la valenza di principio generale quando sia posto dal precetto internazionale a direttiva vincolante per il legislatore nel definire la disciplina delle situazioni giuridiche in cui il minore è coinvolto: v., ad esempio, l'art. 3 par. 1 e l'art. 21 della Convenzione del 1989.

¹⁰ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 17-18.

Siamo quindi alla presenza di un criterio ordinatore della decisione del giudice. Un criterio che agisce sulla discrezionalità del giudice vincolandola alla realizzazione del benessere del minore (benessere attuale, potenziale o futuro). Vi è però un'importante precisazione da fare. Si può dire che il potere discrezionale del giudice è tale solo in parte, nel momento dell'accertamento di ciò che costituisce interesse del minore, ma una volta identificata la situazione corrispondente a tale interesse, la discrezionalità viene meno: tale interesse è qualificato "preminente". In definitiva, l'accertamento è inserito in una gerarchia di valori che pone l'interesse del minore in posizione di supremazia. Interesse superiore significa appunto esclusione della possibilità di bilanciamento con altri interessi. Un confronto con altri interessi è sicuramente presente, ma nella fase di ricerca dell'interesse da proteggere, allorché nelle contingenti relazioni interpersonali del minore compaiono differenti e contrapposti interessi, suoi e di terzi. Caso tipico i contrasti in ordine all'affidamento. Quando però la valutazione di tutti gli interessi coinvolti è definita e conclusa, la decisione non è operabile attraverso la tecnica del bilanciamento. L'interesse del minore si pone in posizione assoluta, sovrastante agli altri e la sua composizione con essi è preclusa.

Sono, quelle ora delineate, considerazioni che troviamo sintetizzate come "principio fondamentale" nelle già ricordate *Linee guida del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*: "1. Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori ad avere il loro interesse superiore riconosciuto come considerazione preminente in tutte le questioni che li coinvolgono direttamente o indirettamente". Si noti che si afferma il diritto del minore alla considerazione preminente del proprio interesse, diritto al riconoscimento della superiorità di questo interesse rispetto a qualunque altro interesse. Lo conferma subito dopo il punto 3: "L'interesse superiore di tutti i minori coinvolti nello stesso procedimento o caso dovrebbe essere valutato separatamente e bilanciato al fine di conciliare eventuali interessi divergenti dei bambini". È dunque solo in presenza di altri minori che entra in gioco il bilanciamento. Al di fuori di tale ipotesi il minore ha il diritto a veder tutelato con priorità assoluta il proprio interesse personale ¹¹.

¹¹ Il principio è fermamente ribadito nella decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 maggio 2012, *M.R. e L.R. c. Estonia*, ric. n. 13520/12, par 37, che si richiama alla sent. del 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ric. n. 41615/07, con la quale la Corte ha mutato un costante indirizzo ed accolto per la prima volta, appunto sul fondamento della preminenza dell'interesse del minore, un ricorso contro lo Stato che

4. Possiamo ora portare l'attenzione sullo strumento normativo comunitario specificamente inteso ad apprestare, nelle situazioni di carattere transnazionale, gli istituti processuali più adeguati all'attuazione dell'interesse superiore del minore. Ci riferiamo al regolamento (CE) n. 2201 del 2003 (noto come *Bruxelles II-bis*) relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, il quale abroga il regolamento 1347/2000.

La disciplina introdotta dal regolamento è di grande complessità e numerose sono le norme specificamente volte a garantire l'interesse superiore del minore¹². Al nostro scopo, non è necessario entrare nei dettagli: basterà evidenziare l'impianto normativo della parte in cui l'interesse superiore del minore è più direttamente e problematicamente coinvolto, vale a dire quella che prevede il caso d'illecito trasferimento o trattenimento di un minore in uno Stato diverso da quello di residenza abituale (c.d. sottrazione internazionale di minore), dettando quindi le regole atte ad assicurare il ritorno del minore in quest'ultimo.

Occorre premettere che in questa materia il regolamento interferisce in misura notevole con la disciplina stabilita dalla Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, appunto dedicata agli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori¹³.

La Convenzione del 1980 è molto nota e sarà qui sufficiente qualche richiamo generale al suo sistema di regole.

dispone il rientro del minore in applicazione della Convenzione de L'Aja del 1980 (sul punto, M. MARCHEGIANI, *Rispetto della vita privata e familiare*, cit, pp. 993 ss.). Sull'orientamento della Corte v. *oltre*, par. 6.

¹² B. ANCEL – H. MUIR WATT, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis*, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2005, pp. 571 ss. La bib. sul regolamento è ormai vastissima. Per tutti, si veda U. MAGNUS – P. MANKOWSKI, *Brussels IIbis Regulation*, Munich, 2012.

¹³ R. ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in *Diritto di famiglia e Unione europea*, cit, pp. 283 ss.; S. TONOLO, *La sottrazione dei minori nel diritto processuale civile europeo: il regolamento Bruxelles II-bis e la Convenzione dell'Aja del 1980 a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, pp. 81 ss. Per un primo inquadramento dell'interferenza tra i due testi normativi, v. F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. II (3^a ed.), Torino, 2011, pp. 196 ss. Sulla Convenzione, che può vantare una ricca bibliografia (reperibile nel sito della Conferenza de L'Aja), in generale v., per tutti, G. CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 777 ss.

La Convenzione vincola più di ottanta paesi. Si prefigge di contrastare il fenomeno della sottrazione dei minori (di sedici anni), per lo più da parte del genitore non affidatario e titolare del diritto di visita, imponendo agli Stati parti di disporre il rientro immediato del minore nello Stato di residenza abituale¹⁴ quando esso sia stato “illecitamente trasferito o trattenuto” in uno Stato diverso. In sostanza, la Convenzione impone di ristabilire lo *status quo* quando la sottrazione dal (o il non ritorno al) luogo di residenza abituale siano avvenuti senza il consenso preventivo (od anche successivo al trasferimento o trattenimento) di chi esercita in modo effettivo, individualmente o congiuntamente con altri, il “*droit de garde*” (*rights of custody*, diritto di custodia o di affidamento) secondo i termini definiti negli art. 3, 5 e 13¹⁵.

¹⁴ Dovrebbe dirsi, più precisamente, che lo Stato è quello nel quale il titolare (o i titolari) del diritto di affidamento ha (o hanno) fissato legittimamente la residenza del minore. Circa la determinazione di tale titolarità, v. G. CARELLA, *La Convenzione*, cit., pp. 783 ss.

¹⁵ Art. 3: “Il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito: a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e; b) se tali diritti vanno effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze. Il diritto di custodia citato al capoverso a) di cui sopra può in particolare derivare direttamente dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato”.

Si deve poi tener conto di quanto stabilisce l’art. 5 della Convenzione, per il quale: “Ai sensi della presente Convenzione: a) il “diritto di affidamento” comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di *decidere riguardo al suo luogo di residenza* (cors. agg.); b) il “diritto di visita” comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo”.

Al riguardo è importante notare che il concetto di “diritto di custodia” (*droit de garde*, *rights of custody*; nella versione italiana, non ufficiale, figurano indifferentemente i termini *custodia* o *affidamento*) va inteso in senso autonomo e coerente con la scopo della Convenzione (v. le conclusioni e raccomandazioni della Commissione speciale per il funzionamento pratico della Convenzione, sesta riunione del giugno 2011, reperibile al sito internet www.hccb.net), tanto che, come deciso in *Abbott v. Abbott*, 130 S.Ct. 1983 (2010), deve ritenersi ricompreso nel concetto di custodia anche il caso del diritto di visita cui inerisca un diritto di determinazione della residenza del minore. Sul punto, cfr. L.J. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from The United States and Europe* – *Abbott, Neulinger, Zaraga*, in *Oklahoma Law Review*, vol. 63, 2011, pp. 733 ss. (reperibile al sito internet:

Nell'ambito dell'Unione europea, gli istituti e le regole procedurali stabiliti dalla Convenzione vanno ad innestarsi nella disciplina del regolamento 2201/2003, che si pone come prevalente (art. 60) tra gli Stati membri rispetto a quella de L'Aja, la quale rimane applicabile, come vedremo, integrata dal regolamento e nella misura in cui non è da esso derogata.

L'obiettivo della disciplina del regolamento, al pari di quello della Convenzione, è di ottenere il ritorno del minore nel più breve tempo possibile, lasciando ad un momento successivo la decisione in materia di affidamento.

Il regolamento (art. 11, par. 1) considera l'ipotesi che il titolare del diritto di affidamento chieda, ai sensi della Convenzione, agli organi giudi-

<http://ssrn.com/abstract=1995567>). Per l'ampia nozione di "affidamento" sul piano internazionale, ed espressioni equivalenti, nonché per i vari istituti che vi sono ricompresi, v. A. CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000. L'autonomia della nozione di affidamento è anche affermata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel quadro del regolamento 2201/2003: v. la sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *J. McB c. L.E.*, spec. pt. 41.

Il consenso del titolare del diritto di custodia/affidamento è posto quale condizione di liceità del trasferimento o trattenimento, in paese diverso dallo Stato di residenza abituale, dall'art. 13, il quale però, coerentemente con quanto stabilito all'art. 3, rende rilevante il consenso solo se il diritto di custodia/affidamento viene effettivamente esercitato (o avrebbe potuto esserlo effettivamente, se non fosse intervenuta la sottrazione: v. art. 3). Sull'effettività dell'esercizio del diritto, v. G. CARELLA, *La Convenzione dell'Aja*, cit., pp. 783 ss., che giustamente mette in rilievo come l'art. 13 incida sull'onere della prova, ponendo a carico di chi si oppone al ritorno del minore nello Stato di residenza abituale la prova della mancanza di tale effettività. Non convince, però, la deduzione (p. 786) che l'effettività di cui all'art. 3 sia semplicemente presunta (cfr. in senso contrario, Cass. civ. sez. I, 19 maggio 2010, n. 12293, in *Foro it.*, 2011, I, col. 2766 ss., con ampia argomentazione fondata sulla necessità di accertare se la tutela del diritto di custodia, asseritamente violato, corrisponda effettivamente all'interesse superiore del minore). Neppure convince l'altra affermazione (*ibidem*) secondo cui, se provata la mancanza di effettività, è venuto meno l'*obbligo* di ordinare il ritorno, ve ne sarebbe comunque la *facoltà*. In realtà, se così fosse, l'inversione dell'onere della prova in sede di opposizione al ritorno non avrebbe alcun senso. Vero è, invece, che il provvedimento non può essere adottato in difetto dell'essenziale presupposto di cui all'art. 3, anche perché la mancanza di effettività della custodia è quanto meno sintomo di un disinteresse alla situazione del minore (cfr. Cass. cit.), effettività che non a caso è posta dall'art. 13 sullo stesso piano del consenso al trasferimento del minore quale fatto impeditivo dell'ordine di ritorno. Del resto, che l'effettività dell'esercizio del diritto di custodia sia un presupposto essenziale dell'ordine di ritorno, è dimostrato dalla circostanza che la Convenzione – come si evince dall'art. 19 (la decisione sul ritorno non pregiudica il merito del diritto di custodia), nonché dall'art. 17, il quale esclude ogni efficacia impeditiva a qualsiasi decisione di affidamento presa o rico-

ziari dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito (o illecitamente trattenuto) di ordinare il ritorno del minore nel paese dove questi aveva la residenza abituale. La procedura e le condizioni fissate dalla Convenzione per l'emanazione dell'ordine di ritorno restano sostanzialmente inalterate e ad esse deve farsi riferimento anche nell'ambito di applicazione del regolamento. La richiesta deve essere presentata entro l'anno dal trasferimento (o del mancato ritorno). Rispettato tale termine, e verificati i presupposti per l'adozione del provvedimento (artt. 3, 8, 14 e 15 della Convenzione), il giudice adito dovrà ordinare il ritorno immediato nel termine di sei settimane. L'adozione del provvedimento sarà peraltro impedita qualora ricorrano le circostanze ostative indicate negli artt. 12, 13 e 20 della Convenzione.

Secondo l'art. 12, il ritorno deve essere ordinato anche se la richiesta è presentata dopo il termine di un anno; tuttavia l'integrazione del minore nel nuovo ambiente sociale assume, in questo caso, la rilevanza di motivo ostativo del provvedimento.

Più importanti ancora le due cause di diniego previste, in aggiunta a quanto si è già rilevato¹⁶, dall'art. 13: 1) opposizione del minore al ritorno, quando è opportuno tener conto della sua opinione in considerazione della sua età e del suo grado di maturità; 2) esistenza di un fondato rischio che il ritorno provochi un danno fisico o psichico al minore, o comunque lo ponga in una situazione intollerabile. Si noti, però, che già a quest'ultimo riguardo interviene subito il regolamento con una disposizione (art. 11, par. 4) modificativa del disposto della Convenzione, stabilendo che i rischi di un danno al minore non possono essere invocati se viene dimostrato che sarà adeguatamente protetto dopo il suo ritorno.

Rileva infine anche l'art. 20, che prevede come causa di diniego il contrasto dell'ordine di ritorno con i principi fondamentali dello Stato richiesto in materia di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Dove il regolamento più incide nel sistema della Convenzione, sino ad alterarlo profondamente, è quando il giudice adito ai sensi della Convenzione rifiuta di ordinare il ritorno per uno dei motivi indicati al suo art. 13. Il regolamento mette allora a disposizione un meccanismo cooperati-

nosciuta nello Stato richiesto dell'ordine di ritorno – tutela la situazione di fatto della residenza del minore indipendentemente da qualsiasi titolo giuridico (cfr. ancora, Cass. *cit.* e i numerosi precedenti ivi richiamati).

¹⁶ V. la nota prec.

vo (anche per il tramite delle Autorità centrali) fra tale giudice e quello dello Stato di residenza abituale (o quello comunque dotato di competenza), prevedendo che quest'ultimo sia informato del rifiuto anche se non è già stato adito dall'affidatario, dovendo poi esso invitare le parti interessate a presentare le proprie conclusioni entro tre mesi. Sarà quindi chi afferma la lesione del diritto di affidamento che dovrà decidere se richiedere il ritorno o fare acquiescenza, posto che "in caso di mancato ricevimento delle conclusioni entro il termine stabilito, l'autorità giurisdizionale archivia il procedimento". (art. 11, par. 6 e 7).

È a questo punto, quando anche il giudice dello Stato di residenza viene richiesto di ordinare il ritorno, che interviene una disposizione del regolamento a risolvere l'eventuale conflitto con il giudice dello Stato dove il minore è stato trasferito o trattenuto. Dispone, infatti, l'art. 11, par. 8: "Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della convenzione del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore". Il braccio di ferro tra le due giurisdizioni interessate è dunque risolto a favore del giudice della residenza abituale (per lo più il solo competente). Questo risultato è ottenuto attraverso una singolare alterazione del regime della Convenzione, ed è conseguenza del modo in cui è strutturata e disciplinata dal regolamento l'esecuzione della decisione. È qui che il problema della giustizia compare.

Secondo il regolamento, le decisioni esecutive sul ritorno del minore, adottate nello Stato (per lo più) di residenza abituale – nonostante il giudice dello Stato di trasferimento o trattenimento si sia rifiutato di ordinare il ritorno per uno dei motivi previsti dall'art. 13 della Convenzione –, hanno efficacia esecutiva immediata, al pari di quelle sul diritto di visita (art. 41), in qualunque altro Stato membro (42, par. 1) ¹⁷. Il regolamento, infatti, dispone che la decisione sul ritorno, ex art. 11, par. 8, è riconosciuta ed eseguibile in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento se la decisione è stata "certificata" nello Stato membro d'ori-

¹⁷ Nel senso che l'esecutività non sia subordinata ad una decisione definitiva sull'affidamento del minore, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse c. Alpagó* (spec. ptt. 56-66) e in precedenza sent. 11 luglio 2008, in causa C-195/08 PPU, *Rinau*.

gine¹⁸. Come prevede l'art. 42, par. 2, questa certificazione altro non è che una attestazione amministrativa formata dallo stesso giudice che ha emanato la decisione, attestazione redatta secondo il modello stabilito nell'allegato IV e che deve essere rilasciata d'ufficio a condizione che le parti abbiano avuto la possibilità di essere ascoltate, il minore abbia avuto anch'esso la possibilità di essere ascoltato, salvo che il giudice abbia escluso l'audizione per ragioni di età o di maturità, e la decisione tenga conto dei motivi e prove addotti per rifiutare il ritorno ai sensi dell'art. 13 della convenzione de L'Aja (inclusa, eventualmente, l'indicazione delle misure disposte a protezione del minore).

Da notare che il certificato, quando non ne sia contestata l'autenticità, può solo essere rettificato per errori formali o materiali, ma non impugnato (24° *considerando* del regolamento e art. 43). Quanto all'esecuzione, l'art. 47 del regolamento prescrive, poi, l'applicazione della legge dello Stato d'esecuzione come per le decisioni pronunciate in tale Stato. Si prevede inoltre che una decisione esecutiva non può essere eseguita se incompatibile con un'altra decisione, esecutoria ai sensi del regolamento, emessa posteriormente dai giudici dello Stato d'origine della decisione di ritorno¹⁹. Il sistema della certificazione è inteso ad evidenziare e sancire la regolarità della decisione sotto ogni profilo, e implicitamente anche quello della compatibilità con l'ordine pubblico dello Stato richiesto, essendo esclusa ogni possibilità di opposizione o impugnazione. In pratica, l'autore della decisione che ordina il ritorno impartisce agli organi dello Stato richiesto, con il certificato, anche l'ordine inoppugnabile di eseguirla.

¹⁸ Con gli artt. 41 e 42 del reg. 2001/2003, che creano l'artificio del "certificato", s'inaugura il percorso della dottrina ufficiale dell'Unione che, in omaggio ai principi del mutuo riconoscimento e della reciproca fiducia tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri, persegue tenacemente l'obiettivo di generalizzare l'abolizione dell'*exequatur* nella circolazione delle decisioni in tutto lo spazio giuridico europeo, obiettivo che troverà subito dopo attuazione nel regolamento 805/2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo. Al riguardo, v. T. BALLARINO – L. MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 2006, pp. 7 ss.

¹⁹ Cfr. Corte di giustizia, sent. dell'11 luglio 2008, *Rinau*, cit. e sent. del 1° luglio 2010, *Povse c. Alpago*, cit., la quale chiarisce (ptt. 76-78) che l'incompatibilità rileva *soltanto* rispetto alle eventuali decisioni di annullamento, riforma o revoca, anche implicita, pronunciate successivamente dai giudici competenti dello Stato membro di origine. È quindi inopponibile una decisione emessa successivamente nello Stato di esecuzione, che attribuisca un affidamento provvisorio e sia considerata esecutiva in tale Stato (pt. 79).

5. Vogliamo ora chiederci se il “combinato disposto” della Convenzione de L'Aja e del regolamento 2201/2003 tenga in debito conto il contesto reale in cui si manifesta, nella varietà delle situazioni concrete, il triste fenomeno della sottrazione internazionale dei minori e se l'intervento degli organi giudiziari nell'applicazione delle regole sia effettivamente conforme a giustizia. Tenteremo così di rispondere alle due domande che ci siamo posti all'inizio: quanta verità esce dalle nostre leggi e quanta giustizia esce dai nostri tribunali?

Non saremo certo noi a dare la risposta definitiva. Lasciamo che a parlare sia invece la giurisprudenza al più alto livello di autorevolezza nell'ambito europeo, ed iniziamo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, rigida interprete delle disposizioni del regolamento.

Quando sia stato pronunciato e “certificato” l'ordine di ritorno “nonostante il rifiuto del giudice del paese in cui il minore è illecitamente trattenuto” (art. 11, par. 8), l'opposizione al riconoscimento del provvedimento è vietata – afferma la Corte – ed al giudice adito spetta solo di constatare l'esecutività del provvedimento, attuando immediatamente l'esecuzione secondo le proprie norme procedurali, cioè quelle e *soltanto* quelle che disciplinano *le modalità dell'esecuzione*, non potendo sospendere quest'ultima per nessun motivo, ogni decisione al riguardo essendo riservata al giudice dello Stato membro d'origine ²⁰.

Secondo la Corte di giustizia, all'esecutività immediata della decisione “certificata”, che ordina il ritorno, non è possibile opporre alcunché: neppure un mutamento delle circostanze relative alla situazione del minore, quand'anche tale da rendere l'esecuzione gravemente lesiva del suo superiore interesse. Competente a decidere sugli effetti delle nuove circostanze, sospendendo eventualmente la decisione sul ritorno, è solo il giudice dello Stato d'origine ²¹.

Di singolare rilievo un altro rigido principio fissato dalla Corte di giustizia: all'esecuzione di una decisione di ritorno “certificata” non è con-

²⁰ Cfr. Corte di giustizia, sent. del 1° luglio 2010, *Povse c. Alpago*, cit., pt. 73-75, 82. Nella sent. 11 luglio 2008, *Rinau*, cit., la Corte ha altresì chiarito che una volta ordinato il ritorno è irrilevante, in ordine alla decisione che rifiuta il ritorno del minore, qualunque vicenda processuale che si svolga successivamente nel paese tenuto all'esecuzione.

²¹ Sent. 1° luglio 2010, *Povse c. Alpago*, cit. pt. 79; il principio che solo il giudice dello Stato d'origine ha competenza per decidere, anche in via provvisoria, in merito all'affidamento, è affermato dalla Corte di giustizia anche nella sentenza del 23 dicembre 2009, causa C-403/09 PPU, *Detiček c. Sgueglia*.

sentito opporsi invocando una violazione dell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del giudice dello Stato d'origine della decisione. L'esecuzione va disposta anche nel caso in cui al giudice richiesto consti, contrariamente a quanto asserisce il certificato, che il minore non è stato ascoltato dal giudice che ha ordinato il ritorno, e consti invece che esso si oppone persistentemente al rientro nel paese di residenza abituale. Secondo la Corte, infatti, spetta solo al giudice dello Stato d'origine decidere sull'audizione (art. 42, par. 2, lett. a), che non costituisce un obbligo assoluto ma soltanto una possibilità oggetto di decisione discrezionale del giudice: eventuali violazioni del diritto del minore ad essere ascoltato potranno essere fatte valere solo dinanzi ai giudici dello Stato d'origine, dal momento che il regolamento si fonda sul principio della reciproca fiducia tra gli Stati membri e dell'equivalenza dei sistemi giurisdizionali quanto al fatto e che i diritti fondamentali siano rispettati e che tutti gli ordinamenti giuridici nazionali siano in grado di farli rispettare²².

Come può facilmente arguirsi dalle pronunce appena richiamate, non si può dire che la Corte di giustizia abbia dovuto compiere eccessivi sforzi interpretativi per intendere il senso della disciplina dettata dal regolamento 2201/2003 nell'integrare la Convenzione de L'Aja. La Corte si attiene al testo, nel quale la drammatica questione della sottrazione internazionale dei minori è affrontata e trattata come semplice problema di determinazione della competenza a decidere sul "ritorno".

Due sono le considerazioni che orientano le decisioni della giurisprudenza comunitaria.

La prevenzione del trasferimento illecito è un valore preminente e assoluto che si persegue attraverso la ferma applicazione delle regole fissate dalla Convenzione de L'Aja *come* integrata dal regolamento. L'interesse primario del minore è tutto nell'applicazione di tali regole. L'*interesse superiore del minore* è già concretizzato nella legge, cristallizzato nelle regole di competenza e nell'efficacia esecutiva automatica attribuita alla decisione di ritorno "nonostante il rifiuto". La *giustizia* risiede nell'applicazio-

²² Sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-491/10 PPU, *Zarraga c. Pelz*, nella quale Corte di giustizia ribadisce che la decisione che prescrive il ritorno del minore, emanata dal giudice competente ai sensi del regolamento, qualora sia esecutiva nello Stato d'origine e "certificata" ex art. 42, è riconosciuta e automaticamente dotata di efficacia esecutiva in un altro Stato membro, senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento, ogni questione sulla validità del certificato, come anche sulla legittimità della decisione, dovendo essere proposta al giudice dello Stato d'origine (ptt. 48-51).

ne puntuale di tali regole, applicazione alla lettera, di per sé idonea a soddisfare l'interesse superiore del minore.

La legge – se ne rende ben conto la Corte – contempla però un interesse astratto. Ecco, dunque, che se, e nella misura in cui, vi è da tutelare anche l'interesse specifico e concreto del singolo minore, tale tutela è realizzabile e consentita solo nello Stato di residenza abituale del minore (o quello comunque competente in base al regolamento), che è anche Stato d'origine della decisione di ritorno. Solo al giudice di tale Stato compete l'attuazione dell'interesse superiore del minore in quanto concreto interesse del singolo. Tale assetto non deve essere modificato in nome di una superiore tutela personalistica da accordare al singolo minore coinvolto nella vicenda di illecito trasferimento. Osta al potere di revisione delle decisioni dello Stato d'origine il principio della reciproca fiducia su cui si base il sistema giurisdizionale dell'Unione. Il *superiore e concreto* interesse del minore è dunque affidato, in nome della fiducia, all'automatismo del riconoscimento dell'esecutorietà della decisione dello Stato d'origine. La giustizia del sistema è garanzia di giustizia della decisione del caso concreto: *fiat iustitia et pe-reat mundus!*

Vincolata senza immaginazione ai testi, la lettura che ne offre la Corte di giustizia elude però la questione centrale che si presenta in ogni vicenda di sottrazione internazionale di minori. Qual è l'interesse del minore concretamente coinvolto nella vicenda processuale, quale la decisione individualmente corrispondente all'interesse che i testi internazionali e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali pongono come preminente rispetto ad ogni altro? Il dogma dell'inviolabilità della competenza del giudice dello Stato di residenza abituale del minore – è di questo giudice che sempre si tratta nei casi concreti – può reggere dinanzi ad un accertamento contrastante con il ritorno, compiuto dal giudice del paese dove il minore effettivamente si trova? Perché si dovrebbe avere assoluta “fiducia” nel primo e non nel secondo? *Spoliatus ante omnia restituendus* è criterio pratico di soluzione di un conflitto su beni materiali, ma non si presta ad essere tradotto in una norma di decisione che *deve* corrispondere all'interesse preminente del minore.

Non a caso, implicitamente percorsa da simili interrogativi è la più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, per funzione e carattere ben più propensa della Corte di giustizia a valutare, nel controllo di conformità delle decisioni dei giudici ai valori positivizzati nella Convenzione europea, tutte le implicazioni del caso concreto.

6. In verità, fino ad epoca recente anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condiviso l'idea che la prevenzione dei trasferimenti illeciti dei minori, obiettivo generale ed astratto dalla Convenzione de L'Aja, fosse da considerare la finalità primaria nella protezione accordata a tali soggetti dalla CEDU. La Corte ha così ritenuto che il rispetto degli obblighi posti a carico degli Stati dalla Convenzione de L'Aja fosse di per sé idoneo ad attuare l'interesse superiore del minore in concreto e in termini coerenti con il divieto di ingerenza nella vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della CEDU, al quale per giurisprudenza costante è stato ricondotta la tutela dei minori nelle relazioni familiari. Infatti, numerose sono state le pronunce che hanno accertato la violazione di tale norma per mancato o incompleto rispetto della Convenzione de L'Aja quanto all'obbligo di emanare l'ordine di ritorno o di darvi esecuzione, nell'assunto che il ripristino dello *status quo* imposto dalla Convenzione, a discapito del genitore non affidatario, concretizzasse proprio la *ratio* del rispetto della vita familiare del genitore affidatario imposto dall'art. 8. In sostanza, copiosa giurisprudenza della Corte ha affermato che la conformità degli atti giurisdizionali alla Convenzione de L'Aja decide della conformità alla CEDU²³.

Con una recente sentenza della Grande Camera nel caso *Neulinger*²⁴, la Corte abbandona tale prospettiva unificatrice e si pone alla verifica autonoma, alla luce del senso proprio dell'art. 8, del rispetto dell'interesse superiore del minore nel caso concreto, facendo quindi completa astrazione dall'assetto degli obblighi stabiliti a carico degli Stati dalla Convenzione de L'Aja. Nel caso di specie era l'autore del trasferimento illecito che reclamava la protezione offerta dall'art. 8 della CEDU e la Corte rileva che un'automatica applicazione del regime previsto dalla Convenzione de L'Aja non è di per sé rispettosa dell'art. 8, rendendosi invece necessario valutare il caso concreto per stabilire se il superiore interesse del minore sia stato attuato. Conta, in altre parole, la valutazione del merito della vicenda di illecito trasferimento, da svolgere attraverso un esame approfondito di ogni elemento pertinente, al fine di stabilire se il rientro del minore sia effettivamente necessario a tutela del suo superiore inte-

²³ Per puntuali riferimenti, cfr. R. DI CHIO, *op. cit.*, nonché M. MARCHEGANI, *op. cit.*

²⁴ Sent. del 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ric. n. 41615/07. La sentenza rovescia le conclusioni cui era giunta la sentenza di una Camera della Corte dell'8 gennaio 2009. Ampiamente, al riguardo, M. MARCHEGANI, *op. cit.* pp. 992 ss.

resse, e non perché semplicemente coerente con l'applicazione meccanica e automatica del regime de L'Aja.

Pronunce della Corte europea successive alla sentenza *Neulinger* hanno confermato tale nuova impostazione del rapporto fra l'art. 8 della CEDU e la Convenzione del 1980²⁵, con evidenti riflessi sul sistema del regolamento comunitario, che non hanno tardato a manifestarsi. Nel caso *Sneersone e Campanella*²⁶, richiamandosi al nuovo indirizzo interpretativo che impone la verifica in concreto dell'interesse superiore del minore, la Corte giunge alla conclusione che un provvedimento di ritorno emesso da un giudice italiano ai sensi del regolamento 2201/2003, dopo una decisione di rifiuto di ritorno ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja, non può essere considerato conforme allo standard di tutela imposto dall'art. 8, in particolare per non avere considerato a sufficienza le conseguenze che sarebbero derivate al minore nel caso di rientro Italia, paese da cui era stato trasferito in Lettonia ad opera della madre unica affidataria.

È chiaro che qui abbiamo una categorica smentita dell'impostazione astratta e dogmatica fatta propria dalla Corte di giustizia. Si noti che nella vicenda fu adita dalla Lettonia anche la Commissione dell'Unione europea per violazione del regolamento e che la Commissione ebbe ad approvare la decisione di ritorno italiana.

Dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, come s'intuisce, vi è un insegnamento di capitale importanza da trarre. L'interesse del minore, proprio perché va considerato "superiore", è sottratto ad una prestabilita ed astratta configurazione ad opera del legislatore. L'interesse è materia di accertamento concreto, indipendente dalla logica amministrativa con la quale è concepito il regolamento 2201/2003. Se l'esecutorietà della decisione di ritorno non può essere messa in discussione, ciò è incompatibile con la pretesa dei diritti fondamentali di vedersi rispettati nel caso concreto. La quantità di verità della legge che astrattamente protegge l'interesse del minore e la quantità di giustizia della deci-

²⁵ Cfr. le decisioni di irricevibilità 26 ottobre 2010, *Raban c. Romania*, ric. n. 25437/08; 2 novembre 2010, *Van den Berg e Sarri*, ric. n. 7239/08; 15 maggio 2012, *M.R. e L.R. c. Estonia*, ric. n. 13420/12, nonché le sentenze del 12 luglio 2011, *Sneersone e Campanella c. Italia*, ric. n. 14737/09; 21 febbraio 2012, *Karrer c. Romania*, ric. n. 16965/10; 3 maggio 2012, *Uyanik c. Turchia*, ric. n. 60328/09 (e si veda anche la sentenza della Camera del 13 dicembre 2011, *X. c. Lettonia*, ric. n. 27853/09, peraltro rinviata alla Grande Camera).

²⁶ Cfr. la nt. prec.

sione che rispetta meccanicamente la legge non sono sufficienti. Ciò che esigono verità e giustizia è che l'interesse superiore del singolo sia accertato e protetto nel momento in cui il problema della protezione si pone. È il tempo dell'accertamento che definisce quale sia la modalità di azione corrispondente all'interesse da proteggere, ed è al tempo dell'azione che si provvede alla sua tutela, lì e allora. L'automatismo non appartiene all'ora del giorno in cui la situazione del minore richiede tutela.

È anche la nostra Corte costituzionale a darci questa indicazione. Nella sentenza già ricordata, la n. 31 del 2012, la Corte censura l'automatismo con il quale la legge penale impone la perdita della potestà genitoriale nel caso di condanna per alterazione dello stato di figlio legittimo (art. 567 cod. pen.). Con una secca osservazione sulla irragionevolezza dell'automatismo, che non consente al giudice di verificare se la perdita della potestà sia effettivamente nell'interesse superiore del minore, interesse internazionalmente affermato e protetto, la Corte dichiara l'illegittimità della disposizione che impone l'applicazione della pena accessoria²⁷.

È degno di nota come la Corte rilevi che la stessa questione fu respinta come infondata nel 1988. Se ora può dichiararla fondata è perché il quadro normativo di riferimento, il parametro evocato, è radicalmente mutato in seguito all'attuazione nell'ordinamento dei principi posti a tutela dell'interesse superiore del minore. Nella precedente ordinanza, afferma la Corte, non fu possibile tener conto del quadro normativo oggi assunto a parametro di costituzionalità, perché in larga parte non ancora intervenuto.

Dicendo dunque che la norma penale che commina la perdita della potestà genitoriale è costituzionalmente illegittima perché preclude al giudice ogni possibilità di valutare l'interesse del minore nel caso concreto, la Consulta si rivela in singolare sintonia con la Corte di Strasburgo, lontana dal dogmatismo astratto di quella di Lussemburgo.

7. Le conseguenze da trarre dalle diverse concezioni dell'interesse superiore del minore, proprie delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, sono molteplici sul piano dei rapporti tra i sistemi normativi coinvolti,

²⁷ La pronuncia è coerente con l'orientamento, a più riprese manifestato dalla Corte costituzionale, volto a valorizzare nel massimo grado l'interesse del fanciullo. Si veda, ad esempio, la sentenza del 24 luglio 1996, n. 303, sulla quale, anche per ulteriori riferimenti a pronunce fondate sulla preminenza dell'interesse del minore, E. LAMARQUE, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è inderogabile nell'interesse del minore)*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 2509 ss.

ma non è questa la sede per un simile approfondimento. Piuttosto, vale la pena di mettere in chiaro le implicazioni sostanziali della divergenza.

Nell'applicazione del regolamento 2201/2003 e della Convenzione de L'Aja, l'art. 8 della CEDU – lo abbiamo visto – impone di accertare l'interesse superiore del minore nel caso concreto. L'ordine di ritorno e la sua esecuzione non sono oggetto di un obbligo assoluto, ma vanno subordinati all'attuazione di quell'interesse, la quale compete e al giudice d'origine dell'ordine e al giudice richiesto, in quanto giudice dello Stato di rifugio. Nel campo di applicazione del regolamento 2201/2003, l'esecuzione di un ordine di ritorno “certificato” è però da considerarsi inoppugnabile. Si presuppone, così, che il giudice richiesto altro non sia che la *longa manus* del giudice d'origine, il mero esecutore dell'ordine impartitogli da questi, laddove la Convenzione de L'Aja, letta in senso conforme alla CEDU, lo considera invece soggetto al dovere di esercitare una reale funzione giurisdizionale di accertamento.

È dunque palese come l'integrazione della Convenzione nel sistema del regolamento non possa dirsi ben riuscita, almeno finché si pretende che il superiore interesse del minore sia un valore irrinunciabile. Il fatto che il giudice richiesto, “vero” giudice per la CEDU, sia chiamato dal regolamento ad intervenire nella vicenda del ritorno del minore senza poter esercitare fino in fondo il suo naturale potere di accertamento, pone in forse la legittimità – non solo alla luce della CEDU, ma anche della Carta dei diritti fondamentali – della scelta di considerare il giudice del paese di residenza abituale il solo qualificato ad accertare l'interesse superiore del minore. La giustizia è solo una “questione di competenza”? Parrebbe di sì, quando il *ius dicere* è ridotto a pura amministrazione.

GABRIELE MARRA

Dipartimento di scienze giuridiche
Università di Urbino "Carlo Bo"

LEGALITÀ E LEGITTIMAZIONE DEL DIRITTO PENALE.

*Una lezione antica per un problema modernissimo? **

SOMMARIO: 1. Esigenze di legittimazione. 2 – Percorsi di legittimazione. 3. – Prospettive Costituzionali o promesse non mantenute. 4. – Epistemologia generale e filosofia del garantismo penale. – 5. Pragmatismo garantistico. – 6. Democrazia discorsiva e "verità fattuale". – 7. Conclusioni.

1 – *Esigenze di legittimazione.* L'istituzione, nel 1509, di un corso "*ad lecturam quotidianam criminalium*" intercetta un bisogno pratico, ben chiaro al titolare della cattedra ("*parum prodest habere teorica ipsarum causarum criminalium sine practica*"), e viene incontro a motivi di lucro professionale ("*valde lucrosam*" è infatti la trattazione forense degli affari penali, secondo l'opinione che Ippolito de' Marsili trasmette ai suoi discenti). Risponde però anche ad una sentita necessità di legittimazione della materia¹. Con la progressiva diffusione dell'insegnamento in pressoché ogni istituzione universitaria², il "primato bolognese" sembra infatti consolidarsi all'insegna di plurime istanze fondazionali, strumentali: (i) all'incipiente appropriazione dello *ius criminalis* da parte di sempre più egemoni istituzioni pubbliche; (ii) alla valorizzazione dei nuovi canoni

* Le riflessioni che seguono sviluppano il filo di un intervento orale svolto nell'ambito di un incontro di studio organizzato a Bologna per celebrare il cinquecentenario dell'istituzione della prima cattedra penalistica ed il suo stabile inserimento nel corso di studi dell'*Alma Mater Studiorum* di quella città. Un sentito ringraziamento per la lettura critica che maestri, colleghi e amici hanno condotto su una precedente versione di queste note e, segnatamente, ai Prof.ri Lucio Monaco, Alessandro Bondi, Filippo Marra, Ulrico Agnati e, *last but not least*, Anna Maria Giomaro.

¹ F. CORDERO, *Criminalia*, Laterza, Roma-Bari, 1985, p. 291.

² Ad esempio, lo studio pubblico urbinato offre, sia pure in modo estemporaneo, letture in materia criminale a partire dalla seconda metà del XVII sec. La prima cattedra stabile "*dell'Instituta Criminale*" venne invece istituita solo nel 1716. Cfr. F. MARRA, *Chartularium*, Università degli studi di Urbino, Urbino, 1974, voll. I e II, rispettivamente p. 53; p. 237 s.

della conoscenza propri della pratica epistemica dell'umanesimo³; (iii) al controllo di una prassi, quella del diritto penale comune, dimostratasi fonte di abusi e durezza ritenute non più consone all'ormai mutato quadro antropologico⁴.

Nonostante la varietà degli accennati referenti impedisca una convincente trattazione unitaria, un'approssimazione sintetica sembra tuttavia possibile, nel segno della razionalizzazione dell'esistente normativo e dell'autonomizzazione delle sue logiche operative. Un impegno che trova nell'astrazione categoriale e nell'argomentazione deduttiva due essenziali strumenti per costruire il sapere giuridico in edificio sistematico – sforzo destinato ad essere di lì a poco consacrato nella riflessione deciana sui *generalia delictorum* – e, in un'ottica di più lungo periodo, a gettare le basi della scienza penalistica moderna.

Quella che prende idealmente avvio con l'istituzione della cattedra bolognese è una sensibilità destinata però a convivere, tra l'altro, con la persistente vitalità del diritto penale medievale e, quindi: (i) con la sua vocazione casistica; (ii) con la sua preponderante sensibilità materialistica (*constare corpus delicti*); (iii) con il crisma sapienziale che al decisore deriva dall'esperienza giudiziale⁵; (iv) con la centralità che in esso riveste la capacità dell'interprete di leggere i fatti sottoposti alla sua attenzione e di così garantire una costante capacità di adeguamento dell'ordito normativo alle esigenze della realtà empirico-sociale⁶.

³ Oltre alla centralità dell'uomo nel disegno della natura, la riflessione degli umanisti consegna, anche alla scienza giuridica, una filosofia che affina una conservativa metodologia dialettica e sistematica quale metodo di conoscenza, mentre getta le basi per la rivoluzione che si compirà “dopo il sedicesimo secolo” con l'emersione dell’“esperienza e del fatto empirico” quali imprescindibili fonti di conoscenza dei fatti naturali e sociali. Cfr., rispettivamente, M. PIFFERI, *Generalia delictorum*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 54 ss.; P. ROSSI, *La nascita della scienza moderna in Europa*, Laterza, Bari-Roma, 1997, p. 41 ss.; W. HEISENBERG, *Fisica e filosofia*, Il Saggiatore, Milano, 2008, p. 226 s. (anche per la citazione)

⁴ Nelle *Lecturae* marsiliane si leggono, oltre a vibranti invettive contro l'arbitrio giudiziale (“*apud eos quod placet licet*”), pressanti esortazioni a circoscrivere i casi puniti con la morte, inviti a comminare pene non draconiane e “a perdonare quando si può”. Così M. SBIRICOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del diritto penale egemonico, Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 244, nt. 38 e, per la citazione di Ippolito de' Marsigli, p. 251.

⁵ Sul punto sono ancora fondamentali le osservazioni di M. WEBER, *Economia e società*, vol. III, Edizioni di Comunità, Milano, 1995, p. 6 s.; p. 111 ss.

⁶ Sensibilità che a partire dell'influente opera di Alberto da Gandino rivoluziona una esperienza millenaria, enucleando le condizioni per il definitivo superamento del ‘di-

Convivenza affatto piana, segnata però da una comune propensione alla già menzionata esigenza di razionalizzazione dei materiali normativi. Istanza la cui affermazione, sebbene perseguita con diversità di strumenti logico-operativi e di prospettive, risulta indubbiamente facilitata dall'assenza di quei presupposti legalistici che saranno invece egemoni nell'esperienza penalistica moderna⁷.

2 – *Percorsi di legittimazione*. Chi osservi retrospettivamente le dinamiche evolutive dell'esperienza criminalistica, ben sa che l'affermarsi del monopolio statale nell'uso della forza, conseguenza necessaria anche della compiuta secolarizzazione del concetto di sovranità, condannerà a rapida obsolescenza le componenti pratiche del sapere giuridico, ben prima dell'interdetto nei loro confronti pronunciato dalle voci più autorevoli dell'illuminismo giuridico: impegnate, per ragioni che sono, al contempo, deontologiche⁸ ed epistemologiche⁹, in una critica che si rivelerà de-

ritto penale privato'. Cfr., per tutti, la suggestiva analisi svolta da M. SBRICCOLI, "Vidi Communiter Observari". *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., p. 73 ss.; spec. p. 84 ss.

⁷ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Bari-Roma, 1995, p. 39 ss.; M. SBRICCOLI, *Giustizia penale*, (a cura di) M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 173 ss.; M. PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 20 ss.; M. BELLABARBA, *La giustizia nell'Italia moderna*, Laterza, Bari-Roma, 2008.

⁸ È decisiva, in questa prospettiva, l'esigenza di salvaguardia delle fondamentali ragioni di garanzia individuale.

⁹ In quest'ottica, ad essere decisiva è, invece, la necessità di colmare il profondo fossato che separa i canoni metodologici propri dello studio e della prassi del diritto – ispirati al principio di autorità e plasmatis da un pervasivo riferimento al senso comune – dai progressi registrati nei metodi razionali di conoscenza dei fatti naturali e sociali. Fanno fede, in proposito, le pagine del *Giudizio di un celebre professore sopra il libro Dei delitti e delle pene*, attribuibili a Giovanni Gualberto Soria e pubblicate unitamente all'opera del Maestro milanese a partire dalla terza edizione del 'libello' di quest'ultimo. Giudizi che meritano di essere richiamati, anche per attestare quanto osservato nelle precedenti note in merito all'afflato umanistico che segna i progressi della riflessione sui sistemi penali. Il Carli accosta, infatti, l'opera di Beccaria all'attitudine del "gran Galileo" di giudicare i "soggetti morali [...] suscettibili di dimostrazione niente meno che" degli enti geometrici, scavando, al contempo, un insormontabile fossato tra Beccaria ed Hobbes – autore di opere che "sono vestite con le uniformi delle matematiche, senza averne lo spirito" – per essere quest'ultimo un "ostichissimo misantropo" che con il suo *Leviatan* legittima un "dispotismo elevato all'infinito". L'opera di Beccaria, giudicata pervasa da galileiano "spirito geometrico senza [però] averne la livrea", è invece, ritenuta espressione del senso di umanità di un "filantropo umanissimo". Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) F. Venturi, Einaudi, Torino, 1965, p. 198 ss.

finitivamente demolitoria dell'intera prassi del diritto penale comune e della teoria del diritto penale dell'obbedienza proprio dello Stato assolutistico¹⁰. Un'azione riformistica che, permeata di filosofia sensistica ed ispirata dai rigorosi dettami metodologici della filosofia della natura¹¹, travolgerà anche il deduttivismo concettuale quale esclusivo criterio di legittimazione della conoscenza del diritto e quale strumento elettivo per garantirne la certezza¹².

Nonostante la consapevolezza dimostrata dai protagonisti del secolo dei Lumi in ordine al fatto che la "bontà delle leggi penali" – dalle quali "dipende principalmente la libertà del cittadino"¹³ –, richiede una costante discussione critica sui fondamenti empirici della legislazione penale e non meno pregnanti verifiche razionali sul grado di adeguatezza delle stesse rispetto alle esigenze degli individui e dell'organizzazione sociale, l'irruzione di nuove contingenze storiche, il consolidarsi di mutamenti politico-istituzionali e di svolte nella rappresentazione antropologica sono i fattori che, agendo sinergicamente, concorrono ben presto a ridimensionare la centralità delle componenti empirico-sociali della legalità penale¹⁴. Si apre così la strada verso un rigoroso garantismo delle regole, la cui affermazione, pur essenziale al contenimento "delle tendenze espan-

¹⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) A. Burgio, Feltrinelli, Milano, 1991, §§ I; VI; XIV; XXI; XXXIV; P. ROSSI, *La nascita della scienza moderna in Europa*, cit., p. 3 ss.

¹¹ F. VENTURI, *Settecento riformatore*, Einaudi, Torino, 1969, p. 645 ss.

¹² B. INGRAO / G. ISRAEL, *La mano invisibile*, Laterza, Bari-Roma, 2006, p. 34 ss.; M. STOLLEIS, *The legitimation of Law through God, Tradition, Will, Nature and Constitution*; H. MONHNHAUPT, 'Lex certa' and 'ius certum': the search for legal certainty and security, (eds) L. Daston / M. Stolleis, *Natural Law and Laws of Nature in early modern Europe*, Ashgate, Farnham, 2008, rispettivamente p. 45 ss.; p. 75 ss.

¹³ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (a cura di) S. Cotta, Utet, Torino, 2005, p. 321.

¹⁴ In proposito, si leggano le osservazioni di M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit*, cit., p. 240 s. in merito al ruolo che lo "smascheramento [...] dei conflitti che non hanno dimensione penale" riveste nell'economia complessiva dello sforzo prodotto dalla scienza penalistica in direzione di una "autonomia del diritto penale". La circostanza che tale operazione finisca, ad esempio nella riflessione di Tiberio Deciani, per realizzarsi in un "lavoro di produzione di diritto per mezzo di diritto", non è sufficiente per condannare all'oblio il rilievo critico che la dimensione empirico-sociale dei conflitti considerati e degli effetti delle soluzioni escogitate per porvi rimedio riveste nella "lotta" per la legalità del penale. Cfr. M. PIFERI, *Generalia delictorum*, cit., p. 110. Sul profilo da ultimo discusso cfr., più in generale, U. AGNATI, *Fondamenti del diritto europeo. Le origini*, Monte Università Parma editore, Parma, 2008, p. 128 s.

sionistiche del potere”, avviene a discapito della ricerca di “limiti sostanziali giuridicamente opponibili al sovrano”¹⁵. Un’affermazione che finisce altresì per confinare la competenza conoscitiva della scienza giuridica entro l’orizzonte normativo auto-referenziale di un’esegesi di breve respiro e per limitare i compiti del pensiero sistematico, per riprendere una più recente metafora, alla collocazione del mobilio nella stanza già completamente arredata dalla legge¹⁶.

3 – *Prospettive costituzionali e promesse non mantenute*. L’avvento dello stato costituzionale, i cui precetti e programmi di scopo sono il punto di avvio di un altro ben noto primato bolognese *in criminalia*¹⁷, modifica almeno in parte questa situazione, nella misura in cui si adopera: (i) per superare il formalismo dell’imperativo deontologico del più ortodosso positivismo giuridico (*Gesetz ist Gesetz*) e per svincolare, quindi, la razionale ricerca del fondamento legittimante la norma penale dall’ipoteca positivistica della legge quale espressione della contingente volontà politica; (ii) per rivitalizzare la vocazione critico-fondativa propria della scienza giuridico-penale, alla quale si riconosce il compito di esercitare una costante opera di controllo della legittimità delle scelte punitive formalizzate dall’Autorità¹⁸.

¹⁵ P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, n. 36, t. I, p. 2 ss.; p. 14 (per la citazione). Significativo l’incipit del monumentale *Trattato* di Vincenzo Manzini, ove si legge, fin dalla prima edizione, che “la concezione positiva del diritto penale, alla quale noi esclusivamente ci atterremo, considera questo come un sistema di norme, che si forma e opera esclusivamente nell’ambiente dello Stato, [...] mai fuori di esso”. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Bocca, Torino, 1908, p. 2.

¹⁶ Stando ad una comune chiave di lettura, la riflessione di Arturo Rocco, ‘costellata’ da molteplici riferimenti ‘teologici’ alla legge quale espressione secolare di una rarefatta eticità statuale, deve considerarsi in proposito esemplare. Cfr. *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, *Opere giuridiche*, vol. III, Il Foro italiano, Roma, 1933, p. 261 ss. Per una lettura ‘disallineata’, che recupera il rilievo che l’empiria e la filosofia sperimentale rivestono nel processo di legittimazione del diritto penale tratteggiato nella prolusione sassarese, si veda M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011. Di rilievo sono anche le notazioni di sintesi sviluppate da P. GROSSI in *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860/1950*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 86 ss.; p. 256 ss.

¹⁷ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, 1973, ora in *Scritti di diritto penale*, vol. I / t. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 539 ss.

¹⁸ F. PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, p. 697.

Uno sforzo prezioso che, nonostante la cognizione dell'acutezza dei problemi in gioco¹⁹, si è però generalmente arrestato al momento di riprendere il filo del discorso, a suo tempo interrotto, per fare spazio all'imperatività del comando sovrano²⁰, concernente i rapporti tra interpreti e substrato fattuale delle regole giuridiche e con le istanze avanzate dalla prassi applicativa nei confronti della scienza del diritto penale sostanziale. Tema, quest'ultimo, al quale solo di recente la scienza penalistica ha prestato quell'attenzione che continua invece a non tributare alla questione della "scienza penalistica integrata"²¹; da molti invocata quale tratto saliente di un sistema penale sensibile ad una "idea dello scopo" costituzionalmente orientata; da altrettanti al più relegata ad una postilla nell'agenda di lavoro della scienza penale: da tutti però considerata poco più che un'immagine archetipica del diritto penale autenticamente preventivo. Ritardi e silenzi sui quali ha pesato una scarnificata considerazione del principio di legalità: fatto coincidere con la sola normatività della regola di condotta formalizzata²² o valorizzato, al momento di categorizzare i rapporti tra norma ed interprete, secondo i dettami di una rigida logica gerarchica, suggestiva della classica iconografia concettuale del giudice bocca della legge e, pertanto, proposta come argomento di per sé dirimente la questione.

4 – *Epistemologia generale e filosofia del garantismo penale*. Con tutte le cautele ed approssimazioni del caso sembra tuttavia potersi riconoscere un filo rosso tra l'ormai conchiusa esperienza storica e l'attualità del presente. Un filo che si dipana all'insegna di due evocative parole d'ordine: legittimazione ed esperienza. Endiadi che può essere sciolta identificando la più intima natura della riflessione scientifica sul diritto penale nella costante ricerca di canoni di legittimazione della norma penale adeguati alla realtà dell'organizzazione sociale nella quale è chiamata ad operare²³. Una riflessione sensibile ai presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione ed ai costituenti empirici delle regole di imputazione, orientata

¹⁹ F. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, *Scritti di diritto penale*, vol. II / t. II, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1258 ss.; ID., *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, *ivi*, p. 1585 ss. ma spec. p. 1604 ss.

²⁰ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 28 ss.

²¹ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004.

²² Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945².

²³ G. JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Civitas, Madrid, 2008, p. 22 s.

alle conseguenze e non ignara delle esigenze applicative²⁴: attenta a quelle premesse di senso comune che tanta parte giocano nella fisiologia di ogni sistema penale, ma altresì consapevole dell'esigenza di una costante verifica dei fondamenti razionali del merito di siffatte regole e delle loro modalità di impiego²⁵. Prospettiva che non ha nulla di paradossale, neppure adottando come metro di lettura una rigorosa prospettiva epistemologica: è vero infatti che la conoscenza scientifica ben può essere intesa come un "raffinamento del nostro senso comune" (Albert Einstein)²⁶.

5 – *Pragmatismo garantistico*. Un impegno al quale, ieri come oggi, la scienza penalistica deve dedicare le sue preziose risorse, anche in proporzione al maturarsi della consapevolezza in ordine all'ormai intervenuto ridimensionamento del primato della legge e, quindi, alla crisi che investe il principio di legalità: da tempo conclamata nella sua dimensione critica²⁷, ma oggi sempre più chiaramente avvertita anche nella prospettiva di garanzia della certezza delle libere scelte di azione dei destinatari del precetto²⁸. Recessione eziologicamente riconducibile: (i) al decentramento regolativo che fa da sfondo a larga parte della legislazione penale complementare: frammentazione che gli interpreti non possono ignorare, se non altro in ragione del peculiare rapporto di accessorietà che la norma penale qui instaura con l'universo extrapenale (ad es: sicurezza sul lavoro); (ii) alla massiccia influenza sulle scelte di criminalizzazioni di un variegato fascio di fonti di derivazione sovranazionale dichiaratamente ispirate a pragmatiche logiche di effettività (ad es: contrasto al riciclaggio e agli abusi del mercato finanziario); (iii) all'evoluzione dei rapporti sociali e della dinamica della loro auto-organizzazione: premesse che spiegano, tra l'altro, il proliferare di fattispecie incentrate sulla violazione di *standard* auto-disciplinati, di cui le più moderne ipotesi di responsabilità per colpa costituiscono esaustiva esemplificazione (responsabilità medica *post*

²⁴ Volendo si consenta il rinvio a quanto osservato in Ga. MARRA, *Verso un diritto penale sperimentale? Metodo ed empiria del canone dell'extrema ratio*, Aras, Fano, 2012 (anche per gli ulteriori riferimenti).

²⁵ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, v. 36, t. II, p. 1287 ss.

²⁶ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 68 ss.

²⁷ W. NAUCKE, *Die zweckmäßige und die kritische strafgesetzmäßigkeit, dargestellt an den lehre J.P.A. Feuerbach (1775-1832)*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 36, t. I, 2007, p. 321 ss.

²⁸ F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., p. 1282 ss.

art. 3 l. n. 189/2012; Dlgs n. 231/01). Una crisi che rimanda l'immagine di un diritto penale incerto ed inefficace²⁹, strutturalmente permeato da amplissimi spazi di discrezionalità per i suoi interpreti – margini che la “pretesa del metodo” non è più in grado di controllare, perché “un diritto arbitrario non può generare una scienza assoluta; un diritto fortuito e variabile non può esprimere dottrine generali”³⁰ – e, di conseguenza, sempre più esposto, in potenza, agli arbitrii dei decisori: è invece sicuro che la quotidianità penalistica appare lontana dagli ideali di certezza promessi all'atto del riconoscimento dell'esclusiva primazia della legge generale ed astratta nel decretare i fatti costituenti reati. Un nodo gordiano che solo può essere sciolto scendendo anche “al livello basso e sicuramente sgradevole dell'esperienza”³¹, allo scopo attrezzando lo strumento del giurista con i mezzi di indagine indispensabili per leggere quella realtà. Capaci, quindi, di fare emergere la sostanza e l'adequatezza delle valutazioni di politica-criminale che, inevitabilmente, plasmano decisioni di tale natura ed altresì idonei a sottoporre quegli esercizi applicativi ad un costante vaglio di razionalità, altrimenti irraggiungibile³². L'integrazione della riflessione sul diritto penale con le conoscenze proprie delle scienze sociali cessa così di essere un sogno scientifico per divenire, unitamente ad una maggiore attenzione alle conseguenze³³, componente essenziale di una legalità penale capace di soddisfare appieno la sua ineliminabile funzione garantistica, nel quadro di uno sfondo teleologico che ha ormai internalizzato la rivoluzionaria “idea dello scopo”³⁴.

6 – *Democrazia discorsiva e “verità fattuale”*. Un compito urgente ma irto di difficoltà: prima fra tutte la necessità di sottrarsi al sospetto che, così operando, la scienza penalistica finirebbe per interloquire “*in nume-*

²⁹ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, Riv.it. dir. proc. pen., 2001, p. 1193 ss.

³⁰ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, Bari-Roma, 2007, p. 40 s.

³¹ P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, n. 35, t. II, 2006, p. 1049.

³² G. KAISER, “*Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*” aus der Perspektive der Kriminologie, (hrsg) U. Sieber / H. J. Albrecht, *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 72 ss.

³³ W. HASSEMER, *Entwicklungslinien des deutschen strafrechts von nachkriegszeit bis heute*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, 2007, n. 36, t. II, p. 1229 ss.

³⁴ L. MONACO, *Prospettive dell'“idea dello scopo” nel diritto penale*, Jovene, Napoli, 1984.

re alieno". Si è infatti giustamente osservato che "se così [...] pensassimo di poter operare, come studiosi di diritto penale finiremmo con l'accollarci una funzione di vera e propria *supplenza* nei confronti delle istituzioni politiche, per la quale ci mancherebbero sia le forze, sia la legittimazione democratica"³⁵. Un complesso interrogativo 'moderno' sulla qualità della democrazia in genere, ed in specie sulle prospettive ed i limiti del costituzionalismo (penale)³⁶, che all'antico titolare della cattedra bolognese di *ius criminalis* era invece risparmiato dalla profonda diversità dello schema ordinamentale che faceva da sfondo alla sua riflessione. Una diversità che qui interessa sottolineare per la sua capacità di imporre restrizioni all'utilizzo, da parte della scienza giuridica, di parametri argomentativi dotati di intrinseca forza cogente, irriducibili, però, al dettato della volontà sovrana, quale è, secondo una limpida lezione, la "verità di fatto"³⁷.

7 – *Conclusioni*. Quale che sia il giudizio che si intende dare dei rapporti tra democrazia e diritto penale dovrebbe comunque essere chiaro che il momento di composizione non può essere rinvenuto solo nella formalità del comando legale quale veicolo della volontà della maggioranza. Diversamente, si scambierebbe una parte (la legalità dell'intervento punitivo) con il tutto (la legittimità della norma penale): la sintassi necessaria ad ogni esercizio interpretativo non arbitrario con le regole che definiscono la semantica delle relazioni tra norme e fatti, dalle quali dipende il grado di complessiva razionalità dei risultati dell'impegno ermeneutico. Obiettivo, quest'ultimo, al cui costante perseguimento la Costituzione vincola l'impegno della *scientia juris*. Compito per il cui svolgimento la più sensibile filosofia della politica indica, quale essenziale strumento di lavoro, l'attenzione "alla solida stabilità della realtà fattuale" che nella "sua ostinatezza è superiore al potere"³⁸.

³⁵ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n. 36, t. II, 2007, p. 1276 s.

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 11; p. 23 s.; p. 161 ss.

³⁷ H. ARENDT, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, p. 45 s.

³⁸ H. ARENDT, *Verità e politica*, cit., 70. M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966, p. 86 ss.; p. 185 ss.; W. NAUCKE, *Die sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts*, (hrsg) W. Hassemer / K. Lüderssen / W. Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, C. F. Müller, Heidelberg, 1983, p. 33.

VITTORIO PARLATO

*LA LEGGE 126/2012 RELATIVA AI RAPPORTI TRA ITALIA
E SACRA ARCIDIOCESI ORTODOSSA D'ITALIA E MALTA*

SOMMARIO: 1. Istituzione della Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia e Malta. – 2. La laicità italiana. – 3. L'intesa del 2007 e la legge di approvazione n. 126 del 30 luglio 2012. – 4. I contenuti, rilevanza del diritto canonico ortodosso. – 4.1. I diritti individuali di libertà religiosa. – 4.2. I diritti collettivi di libertà religiosa. – 4.2.1. Il potere di certificazione attribuito all'Arcidiocesi. – 4.2.2. Il riconoscimento degli enti ortodossi. – 4.2.3. Le attività culturali e scolastiche. – 4.3. Gli aiuti economici. – 4.4. La collaborazione tra le due istituzioni: A. tutela del patrimonio artistico, B. rilevanza dei matrimoni celebrati con rito cristiano ortodosso, C. ulteriori fattispecie. – 4.5. I controlli statali.

1. Istituzione della Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia e Malta

Il 5 novembre 1991, con Tomo patriarcale e sinodale del Patriarcato Ecumenico di Costantinopoli, è stata istituita l'Arcidiocesi greco-ortodossa, a Venezia – la chiesa di San Giorgio dei Greci ne è la cattedrale – per i fedeli di origine greca dimoranti da anni in Italia ed anche per quanti, come studenti in Università italiane, vivono temporaneamente nella Repubblica¹, canonicamente dipendenti dal Patriarcato costantinopolitano² o se riconoscono tali.

Questi fedeli ortodossi di etnia greca, che fino al 1991 erano stati affidati al Metropolita d'Austria che era anche esarca per l'Italia e l'Ungherie-

¹ Suo scopo principale è la cura spirituale dei fedeli ortodossi specie di etnia greca presenti sul territorio italiano. Il 25 aprile 2005 le fu aggregato il territorio di Malta, separandolo dal territorio dell'Arcidiocesi di Thyateira e Gran Bretagna. Dal 1996 è guidata dall'arcivescovo Gennadios Zervós.

Per tutto quanto attiene la comunione delle chiese ortodosse e la loro presenza Italia fino alle ultime modifiche, rinvio al mio libro V. PARLATO, *Le Chiese d'Oriente tra storia e diritto*, Saggi, Giappichelli, Torino, 2003, p. 71 s e V. PARLATO, *Le chiese ortodosse in Italia, oggi*, in *Aequitas sive Deus, Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 972-985.

² Art. 2, comma 1 dello Statuto.

ria, oggi costituiscono il popolo dalla Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale, ora denominata Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia e Malta³.

Detta Arcidiocesi che dipende dal Patriarcato Ecumenico, è dotata di un proprio Statuto, oggi in parte, di fatto, modificato; essa è persona giuridica italiana (DPR 16 luglio 1998) ed ha una fitta rete di interazioni con le presenze diplomatico-consolari greche⁴.

Nel ventennio dalla sua fondazione, l'Arcidiocesi, oltre alle preesistenti comunità, chiese-confraternite e parrocchie (Barletta, Brindisi, Genova, Milano, Napoli, Roma, Trieste, Venezia), ha istituito nuove parrocchie⁵, nonché alcuni monasteri (Lazio, Messina, Piemonte, Treviso, Venezia e tre in Calabria⁶).

Altre parrocchie sono in corso di formazione. Tutte le nuove parrocchie vengono fondate in base ad uno statuto uniforme, già approvato dal Patriarcato Ecumenico.

Dipendono dall'Arcidiocesi suddetta anche la Parrocchia – appartenente al Patriarcato di Georgia – di Sant'Andrea apostolo in Roma (edificio già di proprietà della chiesa greco-ortodossa) e la Parrocchia di Santa Sofia, appartenente alla chiesa ucraina, presso Chiesa cattolica della Madonna delle Grazie a Marcianise (CE).

L'Arcidiocesi, anche se sul piano storico è la più rappresentativa, non è la sola struttura ecclesiale ortodossa esistente in Italia, accanto a questa abbiamo altre due diocesi, quella di Roma (Patriarcato di Romania) e quella di Zagabria, Lubiana e Italia con sede a Trieste (Patriarcato di Ser-

³ Notizie sulla diaspora greco-ortodossa in Italia nei secoli passati sono rinvenibili in G. MORI, *Ortodossia e intesa con lo Stato italiano: il caso della Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2007, p. 399 s.

⁴ Sull'istituzione dell'Arcidiocesi e relativi tomi patriarcali cfr. P. STAVROPOULOS, *L'Arcidiocesi greco-ortodossa d'Italia*, in *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, a cura di V. Parlato, G. B. Varnier, Giappichelli, Torino, 1995, p. 409 s.

⁵ Alatri, Alghero, Auletta, Avezzano, Bari, Bologna, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Chieti, Cori, Cosenza, Crotone, Fano, Ferrara, Firenze, Foggia, Gerace, Ischia, L'Aquila, Lecce, Livorno, Mesagne, Messina, Milazzo/Barcellona, Mestre, Nicastro, Padova, Palermo, Parma, Pavia, Perugia, Pisa, Policoro, Quartu Sant'Elena, Ragusa, Reggio Calabria, Reggio Emilia, Rimini, 5 chiese e parrocchie in Roma, Schiavonea, Sezze, Siena, Siracusa, Taureana, Termoli, Torino, Treviso, Udine, Urbino, Varese, Vercelli, Viadana, Vibo Valenzia.

⁶ San Giovanni Theristis, Ss. Elia il Giovane e Filarete l'Ortolano, Sant'Elia lo Speleota.

bia) e due Decanati: uno in Francavilla Fontana (BR) (Patriarcato di Mosca), l'altro in Sanremo (Arcivescovato russo di Parigi, Patriarcato Ecumenico), due Comunità parrocchiali, quella bulgara e quella polacca⁷.

La quarta conferenza pan-ortodossa, tenuta a Chambésy (Ginevra) nel giugno 2009, in attesa dell'auspicata istituzione di una sola chiesa e un solo vescovo per ogni territorio, ha previsto un coordinamento a carattere pastorale tra i vescovi operanti nei territori della diaspora, costituendo un'Assemblea Episcopale inter-ecclesiale per ciascuno dei territori 'occidentali': uno di questi è Italia e Malta⁸.

2. La laicità italiana

Si può dire che al di là delle enunciazioni della Corte Costituzionale il concetto di *laicità* esprime, nella realtà italiana, la sintesi di due valori: cooperazione con le realtà confessionali e pluralismo ideologico, anche d'ordine religioso, in una società che non si limiti ad auspicare valori di metodo, ma che propugni valori di merito⁹.

Come osservavo altrove¹⁰, lo Stato italiano non si presenta come agnostico, ma pluralista, pluri-confessionale e neutrale. Esso non mira alla laicizzazione integrale delle istituzioni pubbliche, ma persegue una neutralità nei confronti del pluralismo confessionale che gli permette di tutelare, come valore autonomo, il sentimento religioso; lo Stato tiene conto da un lato che i principî del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, che la Chiesa romano-cattolica, soprattutto nel suo aspetto istituzionale, ha una significativa presenza nella società italiana, ma è anche consapevole della crescente pluralità di realtà religiose presenti nella società italiana cui ritiene opportuno, se non doveroso,

⁷ Non sono ortodosse le chiese armene o copte, qualificabili come Antiche chiese orientali. Altre organizzazioni vetero-calendariste, o meno, si proclamano "ortodosse", ma non fanno parte della Comunione delle Chiese ortodosse; né ortodosse sono altre costitutesi per scismi più recenti, ad esempio le chiese scismatiche di Macedonia o di Ucraina, né, infine, di altre, nate per iniziative personali, quali la Chiesa Ortodossa d'Italia.

⁸ Su questo cfr. V. PARLATO, *Le chiese ortodosse in Italia, oggi*, in *Aequitas sive Deus*, cit., p. 980 s.

⁹ A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico, Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 1996, p. 53 s.

¹⁰ V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche: i contenuti*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1996, p. 165.

assicurare, entro certi limiti, specifici diritti di libertà religiosa individuale e collettiva, non solo sul piano formale, ma anche sostanziale, così da giustificare collaborazione per la realizzazione di tali diritti, come anche prevedere aiuti economici indiretti.

Nel concetto di *Stato laico* da me utilizzato, i termini: pluralismo, plu-ri-confessionismo e neutralità ben si inquadrano nello Stato laico odierno, in linea con la Costituzione, anzi ne sono gli elementi caratterizzanti.

Di qui le intese con alcune confessioni di minoranza trasformate il legge ai sensi dell'art. 8, 3 comma della Costituzione.

3. L'intesa del 2007 e la legge di approvazione n. 126 del 30 luglio 2012

Va subito notato che l'intesa stipulata con la Sacra Arcidiocesi Ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa meridionale fa espresso riferimento dell'appartenenza al Patriarcato Ecumenico dell'Arcidiocesi stessa, infatti si dice che *"l'Arcidiocesi, fondata dal Patriarcato Ecumenico di Costantinopoli, quale erede storica delle antiche metropoli istituite dal medesimo Patriarcato Ecumenico nella Penisola italiana fin dal primo millennio, è organizzata secondo le norme del proprio statuto"*. L'Arcidiocesi, persona giuridica italiana, si pone come l'ente esponenziale di una struttura diocesana estesa in Italia e a Malta; ovviamente la normativa riguarda il rapporto con lo Stato italiano.

Lo Statuto rinvia al diritto canonico delle chiese ortodosse ed in particolare a quello, integrato con norme particolari, proprio del Patriarcato Ecumenico e successiva normativa generale o specifica per l'Arcidiocesi in oggetto. L'Arcidiocesi è non un *quid separatum*, né una struttura autonoma dal punto di vista del diritto canonico ortodosso, ma una diocesi appartenente ad una chiesa autocefala, quale il Patriarcato Ecumenico di Costantinopoli. Il Tomo patriarcale di erezione dice espressamente che l'Arcidiocesi è *"sottoposta alle dirette dipendenze canoniche del nostro santissimo Trono ecumenico, apostolico e patriarcale, ed a questo facente riferimento, secondo l'ordine e le condizioni delle altre Sacre Arcidiocesi metropolitane della nostra giurisdizione patriarcale"*¹¹.

L'intesa viene approvata con la legge 30 luglio 2012, n. 126: *Norme*

¹¹ Il documento è riportato in P. STAVROPOULOS, *L'Arcidiocesi*, cit., in *Principio patrizio*, cit., p. 412.

*per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione*¹².

4. I contenuti, rilevanza del diritto canonico ortodosso

Questa intesa, come le altre già convertite in legge, innanzi tutto garantisce diritti e situazioni soggettive già previste dalla Costituzione, i cui articoli vengono anche richiamati, quasi a voler dire che molto di quanto viene aggiunto trova fondamento e giustificazione nell'attuazione nelle stesse disposizioni costituzionali.

Nel primo articolo, così, si afferma che *“La Repubblica italiana dà atto dell'autonomia dell'Arcidiocesi, liberamente organizzata secondo i propri ordinamenti e disciplinata dal proprio statuto”* e che *“la Repubblica italiana, richiamandosi ai diritti di libertà garantiti dalla Costituzione, riconosce che le nomine dei chierici, l'esercizio del culto, l'organizzazione ecclesiastica e gli atti in materia spirituale e disciplinare, si svolgono senza alcuna ingerenza statale”*.

Altre norme riprendono ed attuano la normativa ordinaria in materia religiosa, sia pure modificandola in parte, quando si tratti delle disposizioni sui culti ammessi di cui alla legge 24 giugno 1929, n. 1159, e del regio decreto 28 febbraio 1930, n. 289; altre normative estendono alla Arcidiocesi tutele e vantaggi finora previsti per la Chiesa cattolica e per altre confessioni regolate con legge sulla base di intesa. Un ultimo gruppo di norme dà rilevanza a fattispecie sin'ora non regolate da legge speciale per l'Arcidiocesi stessa.

4.1. I diritti individuali di libertà religiosa

Interessante è quanto prescritto all'art. 2., comma 3. *“È garantita ai cristiani ortodossi e alle organizzazioni e associazioni appartenenti all'Archi-*

¹² In Suppl. ordinario n. 168 alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana 7 agosto 2012, n. 183 in vigore dal 22 agosto 2012. L'approvazione della legge è stato patrocinata particolarmente dai parlamentari Stefano Ceccanti (PD) e Lucio Malan (PDL). Sulla legge cfr. anche M. CANONICO, *Nuove leggi per vecchie intese*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, (www.statochiese.it), n. 30 del 2012.

diocesi la piena libertà di riunione e di manifestazione del pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione", la garanzia non è per tutti coloro che appartengono ad una chiesa ortodossa, quindi agli ortodossi in genere, ma a quanti sono fedeli dell'Arcidiocesi, in quanto la normativa riguarda espressamente l'Arcidiocesi ed i suoi fedeli, anche se molti diritti riconosciuti sono propri di tutti cittadini, e non cittadini, ai sensi della Costituzione vigente e dei trattati internazionali relativi all'Unione europea.

I fedeli dell'Arcidiocesi sono i soli i fedeli appartenenti alle parrocchie dell'Arcidiocesi stessa o da essa dipendenti (parrocchia georgiana, parrocchia ucraina), come ad altre realtà territoriali, quali i monasteri.

Qualche considerazione sulla normativa a tutela della libertà religiosa dei singoli fedeli. Ai sensi dell'Articolo 6 della legge in oggetto viene ribadito il principio che già troviamo nelle leggi di approvazione delle precedenti intese, quello secondo cui *"nelle scuole pubbliche di ogni ordine e grado l'insegnamento è impartito nel rispetto della libertà di coscienza e della pari dignità, senza distinzione di religione"*, in aggiunta, si precisa che è *"esclusa qualsiasi ingerenza sull'educazione religiosa degli alunni ortodossi appartenenti all'Arcidiocesi"*. In conseguenza di ciò si riconosce agli alunni delle scuole pubbliche, di ogni ordine e grado, il diritto di non avvalersi di insegnamenti religiosi, in specie quello cattolico; e si stabilisce inoltre che agli alunni stessi non potranno essere richiesti atti culturali o pratiche religiose, di qualsiasi credo.

Nulla è detto nel progetto di legge in oggetto in merito al trattamento scolastico equipollente a favore degli alunni frequentanti quelle scuole, cosa che, invece, è detta nelle leggi di approvazione delle intese fin qui emanate¹³.

All'art. 5 è garantita l'assistenza spirituale ai ricoverati nelle strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali appartenenti all'Arcidiocesi e degli altri ricoverati che ne facciano richiesta è assicurata dai ministri di culto dell'Arcidiocesi¹⁴.

Ai militari appartenenti all'Arcidiocesi è garantita l'assistenza spiritua-

¹³ Cfr. quanto scritto in V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche*, cit., p. 191.

¹⁴ Sempre l'art. 5 prevede (comma 2) che l'accesso dei ministri di culto sia libero e senza limitazioni di orario e che (comma 4) gli oneri finanziari per lo svolgimento dell'assistenza spirituale ai ricoverati siano a carico dell'Arcidiocesi.

le in forme analoghe a quelle previste nelle altre intese trasformate in legge¹⁵.

Sono previste garanzie anche in merito al riposo nelle festività religiose cristiano-ortodosse, di cui all'art. 10, per il quale

“1. Ai fedeli ortodossi, appartenenti all’Arcidiocesi, dipendenti da enti pubblici o da privati o che esercitino attività autonoma è assicurato il diritto di astenersi dall’attività lavorativa nelle seguenti grandi festività religiose¹⁶ [...] con obbligo di recupero delle relative ore lavorative e senza diritto ad alcun compenso straordinario.

2. Nella giornata del Venerdì Santo e nelle festività di cui al comma 1 si considera giustificata l’assenza dalla scuola degli alunni ortodossi appartenenti all’Arcidiocesi, su richiesta dei genitori o tutori, o di loro stessi se maggiorenni”.

4.2. I diritti collettivi di libertà religiosa

In relazione all'autoregolamentazione dell'Arcidiocesi la legge afferma, all'art. 2, che: (comma 1). *“la Repubblica dà atto dell'autonomia dell'Arcidiocesi, liberamente organizzata secondo i propri ordinamenti e disciplinata dal proprio statuto”* e (comma 2) *“la Repubblica, richiamandosi ai diritti di libertà garantiti dalla Costituzione, riconosce che le nomine dei*

¹⁵ Così l'art. 4 recita:

“1. I militari ortodossi, appartenenti a parrocchie dell’Arcidiocesi, hanno diritto di partecipare, nei giorni e nelle ore fissate, nel rispetto delle esigenze di servizio, alle attività religiose ed ecclesiastiche ortodosse che si svolgono nelle località dove si trovano per ragioni del loro servizio militare.

2. Qualora non esistano chiese dell’Arcidiocesi nel luogo ove prestano il servizio, i militari ortodossi appartenenti all’Arcidiocesi possono comunque ottenere, nel rispetto di particolari esigenze di servizio, il permesso di frequentare la chiesa ortodossa più vicina nell’ambito provinciale o regionale, previa dichiarazione del sacerdote della parrocchia dell’Arcidiocesi competente per territorio.

3. In caso di decesso in servizio di militari ortodossi appartenenti all’Arcidiocesi, il comando militare competente adotta, d’intesa con i familiari del defunto, le misure necessarie ad assicurare che le esequie siano celebrate dai ministri di culto dell’Arcidiocesi.

¹⁶ *“Circoncisione del Signore, Santa Teofania, Sabato Santo, Domenica della Santa Pasqua, Domenica della Pentecoste, Dormizione della Madre di Dio, Natale del Signore e Sinassi della Madre di Dio”* festività molto spesso non coincidenti con analoghe festività cristiano-cattoliche.

chierici, l'esercizio del culto, l'organizzazione ecclesiastica e gli atti in materia spirituale e disciplinare si svolgono senza alcuna ingerenza statale"¹⁷.

Inoltre si precisa, all'art. 3, che: (comma 1) *"I chierici dell'Arcidiocesi sono ministri di culto e godono pertanto del libero esercizio del loro ministero"*, e (comma 2) *"I ministri di culto non sono tenuti a dare ai magistrati o ad altre autorità informazioni su persone o materie di cui siano venuti a conoscenza per ragioni del proprio ministero"*.

Da notare l'uso del termine *chierico* tipico del diritto canonico sia della chiesa romano-cattolica che delle chiese ortodosse.

In merito allo *status* clericale si precisa anche, sempre all'art. 3, (commi 3 e 4), che:

"3. Nel caso di ripristino del servizio obbligatorio di leva, i ministri di culto dell'Arcidiocesi hanno diritto, su loro richiesta, ad essere esonerati dal servizio militare o essere assegnati al servizio civile.

4. I ministri di culto hanno la facoltà di essere iscritti nel Fondo speciale di previdenza e assistenza per i ministri di culto".

4.2.1. *Il potere di certificazione attribuito all'Arcidiocesi*

Sempre all'art. 3, comma 5, si riconosce, poi, all'Arcidiocesi il potere di certificazione in merito allo *status* di ministro di culto in ordine a specifiche facoltà.

"5. Ai fini dell'applicazione del presente articolo e degli articoli 4, 5, 6 e 9 l'Arcidiocesi rilascia apposita certificazione delle qualifiche di appartenenza canonica al proprio clero".

In sostanza spetta all'Arcidiocesi certificare chi siano i ministri di culto abilitati alla cura pastorale dei militari, dei ricoverati in ospedali e dei carcerati, a celebrare matrimoni civilmente riconoscibili, ad illustrare la religione cristiano-ortodossa nelle scuole, art. 7¹⁸.

Ma il potere di certificazione si estende anche alla qualifica di fedeli

¹⁷ Lo Statuto precisa organizzazione e compiti dell'Arcidiocesi.

¹⁸ Tutte queste attività sono a carico economico dell'Arcidiocesi.

dell'Arcidiocesi, presupposto necessario per godere di diritti, facoltà, situazioni soggettive in genere, attribuite dalla legge in oggetto. Diverso è il caso in cui gli alunni decidano di non avvalersi di insegnamenti religiosi nelle scuole¹⁹. In base alla normativa generale l'insegnamento della religione cattolica non è obbligatorio.

Il potere di certificazione rileva anche per l'attribuzione della personalità giuridica di altri nuovi enti²⁰ connessi alle finalità dell'Arcidiocesi stessa, sia in ordine al loro riconoscimento o alla loro soppressione²¹.

4.2.2. Il riconoscimento degli enti ortodossi

All'art. 14 si tratta del riconoscimento di nuovi enti ortodossi, al comma 2 si prevede che: *“Il riconoscimento della personalità giuridica ad un ente ortodosso è concesso su domanda di chi rappresenta l'ente secondo*

¹⁹ L'art. 7 al II comma afferma che: “2. La Repubblica riconosce agli alunni delle scuole pubbliche di ogni ordine e grado il diritto di non avvalersi di insegnamenti religiosi. Tale diritto è esercitato, ai sensi delle leggi dello Stato, dagli alunni stessi o da coloro cui compete la potestà su di essi”.

²⁰ Gli enti già riconosciuti sono: la Chiesa e confraternita dei SS. *Pietro e Paolo dei Nazionali Greci in Napoli* riconosciuta da re Carlo di Borbone (Statuto approvato con Sovrana risoluzione, di Re Carlo di Borbone, il 20 febbraio 1764; riconosciuta come persona giuridica italiana il 13 luglio 1887, n. 3942, serie 2; Cfr. *Dalla restaurazione al consolidamento dello Stato unitario*, a cura di M. Tedeschi, Giuffrè, Milano, 1981, p. 274); la comunità dei greci ortodossi in Venezia, riconosciuta come persona giuridica dalla Repubblica di Venezia (*Sovrane concessioni* del 28 novembre 1498, del 4 ottobre 1511, dell'11 luglio 1526, il regolamento attuale fu approvato con decreto luogotenenziale del 10 maggio 1917, n. 850; questo regolamento è reperibile nel volume *Dall'età giolittiana ai giorni nostri*, a cura di G. B. Varnier, Giuffrè, Milano, 1982, p. 57 s.); la comunità greco-orientale di Trieste, già riconosciuta, con *Sovrani e graziosissimi rescritti* dell'Imperatore Giuseppe II, nella qualità di Signore di Trieste, (*Rescritti* del 9 agosto 1782 e del 7 marzo 1784, notificati con *Decreti guberniali* alla Nazione greca di rito orientale stabilita in Trieste e Decreto del Governo austriaco del 28 novembre 1888), come *Nazione e Confraternita greca*. L'ente ha personalità giuridica, quale ente di culto, di nazionalità italiana, la parrocchia ha il titolo di S. Nicola. A queste si aggiungono le comunità di Genova (Unione degli ortodossi Elleni di Genova, Parrocchia di San Nicola e dell'Annunciazione).

²¹ L'art. 13, II comma, del progetto recita: *“Il riconoscimento della personalità giuridica ad un ente ortodosso è concesso su domanda di chi rappresenta l'ente secondo gli statuti e previa delibera motivata dall'Arcidiocesi. Alla domanda deve essere altresì allegato lo statuto dell'ente stesso”*; anche in questo accordo viene richiesto l'assenso espresso della struttura confessionale cui appartiene l'ente per il suo riconoscimento in persona giuridica di quella confessione.

gli statuti e previa delibera motivata dall'Arcidiocesi. Alla domanda deve essere, altresì, allegato lo statuto dell'ente stesso". Anche in questo caso la delibera favorevole dell'Arcidiocesi è *condicio sine qua non* – in modo da garantire il collegamento giuridico con la normativa confessionale di cui l'ente è espressione – per l'attribuzione della personalità giuridica, così come previsto negli Accordi di Villa Madama per gli enti ecclesiastici cattolici e nelle singole intese con le altre confessioni²².

Alcune considerazioni: il diritto canonico delle chiese ortodosse non conosce l'istituto della personalità giuridica, per cui non si può parlare di enti giuridici canonico-ortodossi, ma solo di realtà autonome approvate nell'ambito della Arcidiocesi.

Gli enti riconoscibili – esemplificati nella parte finale del primo comma di detto articolo- sono: *"diocesi, decanati o vicariati, comunità, parrocchie, monasteri e confraternite, costituiti nell'ambito dell'Arcidiocesi, aventi sede in Italia, i quali abbiano fine di religione o di culto, solo o congiunto con quelli d'istruzione, assistenza e beneficenza"*.

L'enumerazione ampia comprende una pluralità di realtà alcune identificabili con analoghe strutture della chiesa cattolica (i decanati o vicariati sono vicariati foranei), altre come le comunità indicano forme di vita associata non ben definibile; quanto a nuove diocesi va detto che nel Patriarcato ecumenico, di cui l'Arcidiocesi fa parte, non esistono diocesi suffragane, ed ho molti dubbi che le diocesi suffraganee in base alla normativa ortodossa possano essere qualificate come enti territoriali *"costituiti nell'ambito dell'Arcidiocesi"*. Forse, in modo surrettizio, la normativa prevede una futura possibilità di erezione di nuove diocesi (cioè arcidiocesi) in Italia da parte del Patriarcato Ecumenico cui far attribuire la personalità giuridica, come entità territoriali nell'ambito della stessa Arcidiocesi, questo a meri effetti civili. Ai comma 3 e 4 si stabiliscono le modalità:

"3. Sulla base della documentazione ad essi fornita, i competenti organi statali verificano la rispondenza dell'ente, di cui è richiesto il riconoscimento della personalità giuridica, al carattere confessionale e ai fini di cui al comma 1.

4. L'ente non può essere riconosciuto se non è rappresentato giuridica-

²² Rinvio sul punto a V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche*, cit., p. 86 s.

mente e di fatto da un cittadino italiano o di un paese dell'Unione europea avente domicilio in Italia".

Interessante è la qualifica attribuita a questi enti il comma 5 stabilisce che: *"Gli enti ecclesiastici dell'Arcidiocesi, che hanno la personalità giuridica nell'ordinamento dello Stato, assumono la qualifica di enti ecclesiastici appartenenti all'Arcidiocesi civilmente riconosciuti"*, col che si vuole precisare che non sono enti ortodossi *tout court*, ma enti facenti capo a quella Arcidiocesi ortodossa, forse per non precludere la possibilità di altre leggi che regolino i rapporti con altre diocesi ortodosse in Italia.

Particolarmente importante mi sembra l'art. 17, relativo alla gestione degli enti appartenenti all'Arcidiocesi, esso recita: *"1. La gestione ordinaria e quella di straordinaria amministrazione degli enti ortodossi appartenenti all'Arcidiocesi civilmente riconosciuti si svolgono sotto il controllo della stessa Arcidiocesi e senza ingerenza da parte dello Stato, delle regioni e degli altri enti territoriali"*. La norma prevede due principî, il primo: che la gestione ordinaria e straordinaria gli enti dell'Arcidiocesi si realizza sotto il controllo dell'Arcidiocesi stessa; il secondo esclude qualsiasi ingerenza delle autorità italiane centrali o periferiche.

Dicevo che la norma è importante perché molti enti ortodossi già riconosciuti civilmente, e preesistenti all'istituzione della Arcidiocesi, si auto-regolano in base alle loro norme statutarie, al di fuori di controlli diocesani, tali enti assimilabili a confraternite o a fondazioni erano comunque retti da consigli laicali, o misti, ma nei quali il ruolo del clero locale e soprattutto del metropolita d'Austria e poi d'Italia era, ed è, limitatissimo; non so se la norma consentirà una revisione degli statuti. Sicuramente la disposizione varrà per gli enti più recenti e i nuovi.

Invero l'art. 4, comma 5, dello Statuto dell'Arcidiocesi prevede sì che:

"Il metropolita ha la responsabilità a) della custodia del patrimonio ecclesiastico rappresentando [...] l'Arcidiocesi in tutte le questioni relative alla proprietà dei beni stessi di fronte ad ogni autorità italiana sia amministrativa che giudiziaria; b) di ogni questione a carattere giudiziario dell'Arcidiocesi, in cui può essere rappresentato tramite un suo delegato ufficiale",

ma la norma riguarda i beni dell'Arcidiocesi, come tale, e non quelli degli enti preesistenti giuridicamente riconosciuti. Il secondo principio fa salva la gestione ecclesiastica da interferenze statali o pubbliche, garan-

tendo l'indipendenza nelle scelte di carattere patrimoniale e nell'utilizzo dei redditi.

4.2.3. *Le attività culturali e scolastiche*

Si prevede anche, come nelle altre leggi di approvazione delle precedenti intese, che soggetti designati dall'organizzazione confessionale, in specie dall'Arcidiocesi²³, *“possano rispondere alle eventuali richieste provenienti dagli alunni o dalle loro famiglie o dagli organi scolastici, in ordine allo studio del fatto religioso e delle sue implicazioni”*²⁴.

Come nelle altre leggi di approvazione d'intesa viene garantito, nell'Articolo 8, all'Arcidiocesi il diritto d'istituire liberamente scuole di ogni ordine e grado e istituti di educazione. Ovviamente l'istituzione delle suddette scuole dovrà avvenire *“nel rispetto della normativa vigente in materia di parità scolastica e di diritto allo studio e all'istruzione”*. Certo la disciplina dei controlli statali sarà più tenue se la scuola istituita non richiederà specifici riconoscimenti statali, come avviene per le scuole della primissima infanzia.

4.3. *Gli aiuti economici*

Il regime tributario favorevole come alle altre istituzioni ecclesiastiche di confessioni regolate da una legge sulla base di intesa; si riconosce la deducibilità per donazioni all'Arcidiocesi²⁵ e la partecipazione al riparto dello 0,8% dell'IRPEF. Questi aspetti tributari e finanziari sono, a parer mio, i punti più innovativi e qualificanti rispetto all'attuale regime giuridico, oltre al fatto di un riconoscimento giuridico e politico della Arci-

²³ Con oneri finanziari a carico dell'Arcidiocesi.

²⁴ Art. 11, comma 4. La formula è uguale in tutte le intese, salvo in quella con l'Unione delle Comunità ebraiche italiane si parla invece di “studio dell'ebraismo”.

²⁵ Art. 20 *“Deduzione agli effetti IRPEF”*.

1. *La Repubblica prende atto che l'Arcidiocesi si sostiene finanziariamente mediante offerte volontarie.*

2. *A decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, le persone fisiche possono dedurre dal proprio reddito complessivo, agli effetti dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, le erogazioni liberali in denaro, fino all'importo di euro 1.032,91, a favore dell'Arcidiocesi, degli enti da essa controllati e delle comunità locali, per i fini di culto, istruzione, assistenza e beneficenza”*.

diocesi stessa, da parte della Repubblica italiana, e della sua conformità ai principî fondanti dello Stato, vi è con la legge di approvazione dell'intesa un riconoscimento che, in base ad un'interpretazione discutibile, ma determinante, attuata prevalentemente da organi di governo regionali, permette di ottenere altri benefici, quali contributi, erogazioni e situazioni giuridiche soggettive a favore della loro attività pastorale²⁶.

4.4. *La collaborazione tra le due istituzioni:*

A. Tutela del patrimonio artistico.

Come nelle altre intese si parla del patrimonio artistico e culturale, così l'articolo 11 recita:

“La Repubblica italiana e l'Arcidiocesi si impegnano a collaborare per la tutela e la valorizzazione dei beni afferenti al patrimonio storico e culturale ortodosso”.

Il patrimonio storico e culturale greco-ortodosso è particolarmente rilevante dal punto di vista artistico, ma soprattutto per la memoria storica della civiltà bizantina di cui massimamente Venezia, con meriti e demeriti, è stata la testimone per secoli. La Chiesa di S. Giorgio, a Venezia, con gli edifici adiacenti, territorialmente delimitati, durante il periodo del do-

²⁶ Art. 21. *“Ripartizione della quota dell'otto per mille del gettito IRPEF.*

1. *A decorrere del periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, l'Arcidiocesi concorre con i soggetti e secondo le modalità previste dalla normativa vigente alla ripartizione della quota pari all'otto per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche. La Repubblica prende atto che l'Arcidiocesi utilizzerà le somme devolute a tale titolo dallo Stato per il mantenimento dei ministri di culto, per la realizzazione e la manutenzione degli edifici di culto e di monasteri, per scopi filantropici, assistenziali, scientifici e culturali da realizzarsi anche in paesi esteri.*

2. *L'attribuzione delle somme di cui al comma 1 è effettuata sulla base delle scelte espresse dai contribuenti in sede di dichiarazione annuale dei redditi, nel cui modulo l'Arcidiocesi è indicata con la denominazione: «Sacra Arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale».*

3. *Per quanto riguarda le quote relative alle scelte non espresse dai contribuenti, l'Arcidiocesi dichiara di partecipare alla loro ripartizione in proporzione alle scelte espresse, destinando le relative somme esclusivamente per iniziative di cui al comma 1”.*

In materia cfr. E. VITALI, *Note in tema di applicazione dell'otto per mille*, in *Studi in onore di Giovanni Barberini*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 470-471.

minio turco nei territori bizantini, divenne per i greci della diaspora una seconda patria, salvaguardando così la cultura e l'unità di un popolo.

Si può dire che Venezia, insieme al Patriarcato Ecumenico di Costantinopoli e ai monasteri del Monte Athos, seppe preservare la tradizione e la cultura bizantina e trasmetterla alla nascente nazione greca nel secolo XIX²⁷.

È questo della Chiesa greco-ortodossa in Italia un patrimonio culturale di valore inestimabile e non solo per la nazione greca, ma costituisce anche un dato storico imprescindibile per la conoscenza della politica attenta alle vicende e popolazioni del mediterraneo orientale effettuata dagli Stati italiani pre-unitari e da altre città, come Trieste, oggi parte dello Stato italiano²⁸.

Anche a Livorno la comunità greco-ortodossa denominata Chiesa ed Arciconfraternita Greco-Ortodossa della SS. Trinità, attiva dal 1775 fino agli inizi del XX secolo, ha lasciato interessanti memorie²⁹.

B. Rilevanza dei matrimoni celebrati con rito cristiano ortodosso.

Ai sensi dell'art. 9, comma 1, si riconoscono effetti civili ai matrimoni celebrati davanti ai ministri di culto dell'Arcidiocesi *“in possesso della cittadinanza italiana, a condizione che il relativo atto sia trascritto nei registri dello stato civile, previe pubblicazioni nella casa comunale”*. Ai commi successivi di danno ulteriori norme:

“2. Coloro che intendono celebrare il matrimonio secondo quanto previsto dal comma 1 devono comunicare tale intenzione all'ufficiale dello stato civile al quale richiedono le pubblicazioni.

3. L'ufficiale dello stato civile, dopo avere proceduto alle pubblicazioni e accertato che nulla si oppone alla celebrazione del matrimonio secondo

²⁷ Sul tema rimando a R. D'ANTIGA, *La comunità greco-ortodossa di San Giorgio in Venezia*, in *Presenze ebraico-cristiane nelle Venezie*, a cura di G. Del Ferro, Vicenza, 1993, p. 83 s.; M.I. MANUSSACAS, *Introduzione storica*, in *Guida al museo di Icone e alla chiesa di San Giorgio dei Greci*, a cura dell'Istituto Ellenico di Studi Bizantini e Post-Bizantini di Venezia-Atene, 1992.

²⁸ In quella città, esiste una Chiesa greco-ortodossa già riconosciuta fin dal 1752.

²⁹ L. PAOLINI, *La minoranza greca a Livorno*, in *Normativa e organizzazione delle minoranze costituzionali in Italia*, a cura di V. Parlato e G. B. Varnier, Giappichelli, Torino, 1992, p. 160 s.

le vigenti norme di legge, ne dà attestazione con un nulla osta che rilascia ai nubendi in duplice originale.

4. Il nulla osta, oltre a precisare che la celebrazione sarà svolta secondo il rito ortodosso e ad indicare il comune scelto dai nubendi per la stessa celebrazione, deve, altresì, attestare che ad essi sono stati spiegati dal predetto ufficiale dello stato civile i diritti e i doveri dei coniugi, attraverso la lettura dei relativi articoli del codice civile.

5. Il ministro di culto davanti al quale ha luogo la celebrazione del matrimonio allega il nulla osta, rilasciato dall'ufficiale dello stato civile, all'atto di matrimonio che egli redige in duplice originale subito dopo la celebrazione. I coniugi possono rendere le dichiarazioni che la legge consente che siano espresse nell'atto di matrimonio.

6. Entro cinque giorni dalla celebrazione il ministro di culto di cui al comma 5 deve trasmettere per la trascrizione un originale dell'atto di matrimonio all'ufficiale dello stato civile del comune del luogo in cui è avvenuta la celebrazione.

7. L'ufficiale dello stato civile, constatata la formale regolarità dell'atto e l'autenticità del nulla osta allegatovi, effettua, entro le ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto stesso, la trascrizione nei registri dello stato civile e ne dà notizia al ministro di culto di cui al comma 5.

8. Il matrimonio ha effetti civili dal momento della celebrazione, anche nel caso in cui l'ufficiale dello stato civile, che ha ricevuto l'atto, non abbia eseguito la trascrizione entro il prescritto termine”.

La disposizione normativa ricalca quella di altre precedenti leggi di approvazione di intese, e in particolare quella relativa alle Chiese Avventiste del 7 giorno, alle Assemblee di Dio in Italia, all'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia e con qualche modifica anche quella della Chiesa Evangelica Luterana in Italia³⁰.

Credo che il principio secondo cui il ministro di culto possa celebrare il matrimonio di tutti quanti hanno avuto l'attestazione che nulla si oppone alla celebrazione del matrimonio secondo le vigenti norme di legge italiane, indipendentemente dalla fede professata dai nubenti, valga anche per la celebrazione matrimoniale qui prevista, in assenza di qualsiasi sanzione legislativa comminante la nullità in caso di inosservanza della pre-

³⁰ V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche*, cit., p. 129 s. Da ultimo A. Albisetti, *Le intese fantasma (a metà)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, (www.statochiese.it), n. 27 del 2012.

sunta limitazione. In sostanza è l'autorità, centrale o periferica, dell'Arcidiocesi che decide della capacità matrimoniale dei nubenti in merito alla fede professata e loro posizione ecclesiale. Ricordo che, come nella chiesa romano-cattolica, quelle ortodosse si riconosce l'esistenza di un matrimonio regolato o dal diritto canonico che può esistere senza alcuna rilevanza civile.

Anche per gli ortodossi il matrimonio è considerato come sacramento e deve rispondere a precisi requisiti³¹ in relazione alla capacità matrimoniale dei nubenti³² e alla forma. Le parti poi debbono avere l'età prescritta – diciotto anni compiuti l'uomo, quattordici compiuti la donna – lo stato libero, non devono aver già stipulato tre matrimoni – assoluto divieto delle quarte nozze –, non devono aver ricevuto il diaconato, né devono aver emesso il voto di castità.

Quanto alla forma si richiede che il matrimonio sia celebrato da un sacerdote ortodosso secondo la tradizione liturgica della chiesa ortodossa e in un edificio-chiesa ortodossa. Occorre anche che il testimone ufficiale sia un cristiano in piena comunione con la Chiesa ortodossa e, se sposato, lo sia per il diritto canonico ortodosso. La necessità che il matrimonio sia celebrato con il rito sacro apre la questione sulla natura stessa del matrimonio, se cioè esso sia un contratto basato sullo scambio solo del consenso dei nubenti o un atto negoziale complesso dove accanto al consenso si prevede come elemento *ad validitatem* la presenza del sacerdote celebrante il rito sacro. Secondo l'opinione, oggi prevalente, tra gli ortodossi, proprio il rito sacro sarebbe la parte essenziale dell'amministrazione del sacramento³³. Ma questo aspetto non rileva per l'ordinamento ita-

³¹ Costituiscono impedimenti dirimenti la parentela naturale in linea retta in qualsiasi grado, l'affinità in linea retta e quella collaterale fino al terzo grado incluso, la parentela legale (genitori adottivi con figli adottivi, figli di genitori adottivi con figli adottivi), la parentela spirituale (padrini con figliocci e padrini con genitori di figliocci), la disparità di culto (ortodossi con non battezzati).

³² Nel caso in cui un nubente ortodosso si sposi con una persona validamente battezzata il matrimonio viene considerato valido, purché il matrimonio sia celebrato da un sacerdote ortodosso, secondo la tradizione liturgica della chiesa ortodossa e che la coppia sia disposta a battezzare i figli nella chiesa ortodossa e ad educarli in quella fede; a tal fine si richiedono delle *cautiones* da parte del nubente eterodosso; in assenza di ciò si prevede che i figli seguano la religione del padre e le figlie quella della madre; R. POPTODOROV, *Intermarriages in the orthodox Tradition and Practice of the Slavic Churches*, in *Kanon, Jahrbuch der Gesellschaft für das recht der ostkirchen*, VI, Wien, 1983, p. 114.

³³ M. BROGI, 'Communicatio in sacris' tra cattolici e cristiani orientali non cattolici, in *Antonianum*, 1978, p. 170, nt. 33. Per gli orientali cattolici il ministro sacro non è solo un

liano cui interessa la certificazione dell'avvenuto scambio di consenso dinanzi ad un ministro di culto, cittadino italiano (art. 9, commi 1, 3, 4 e 5).

Il fatto che la Chiesa ortodossa ammetta in certi casi il divorzio e permetta un secondo matrimonio religioso non incide, giacché possono contrarre matrimonio col rito cristiano ortodosso coloro che hanno lo stato libero per il diritto italiano, questo è certificato dall'ufficiale di stato civile che autorizza quel tipo di forma matrimoniale (art. 9, comma 3); irrilevante, se trattasi di cittadini stranieri, come abbiano riottenuto, secondo la propria legge, lo stato libero medesimo, se per riconoscimento di una competenza confessionale o statale.

C. Ulteriori fattispecie.

Altre forme di collaborazione sono quelle di cui all'art. 13, ai sensi del quale nel quadro della pianificazione delle radiofrequenze si deve tener conto delle richieste presentate dalle emittenti gestite dagli enti facenti parte dell'Arcidiocesi, operanti in ambito locale.

All'art. 24 si prevede che per le *Norme di attuazione* di detta legge le autorità competenti tengono conto delle esigenze fatte loro presenti dall'Arcidiocesi e avviano, se richieste, opportune consultazioni.

Nell'art. 26, infine, si stabilisce che al termine del decimo anno dalla data di entrata in vigore della legge le parti sottopongono a nuovo esame il contenuto della legge. Ma anche prima di detto termine, se una delle parti ravvisasse l'opportunità di apportare modifiche al testo, le parti dovranno procedere d'accordo. È ovvio che le materie oggetto di intese trasformate in legge non potranno più essere regolate unilateralmente dallo Stato, senza un accordo bilaterale ai sensi dell'art. 8, 3 comma, della Costituzione.

Un'ultima clausola di salvaguardia per la condizione giuridica dell'Arcidiocesi è data dall'ultimo comma del citato art. 26 – clausola presente

teste qualificato, egli presenzia il rito e benedice le nozze, partecipando in qualche modo alla amministrazione del sacramento. La riprova di questo suo ruolo si ha in più norme: il can. 828 *C.C.E.O.* evidenzia la funzione svolta dal sacerdote celebrante e, al § 2, chiarisce che il rito è ritenuto sacro solo con l'intervento del sacerdote che assiste e benedice. Il can. 832 *C.C.E.O.* nel prevedere il matrimonio *coram solis testibus* richiama i coniugi all'obbligo di ricevere comunque la benedizione appena possibile, anche da un sacerdote ortodosso.

anche nelle precedenti intese – dove si prescrive che, in occasione della presentazione di disegni di legge relativi a materie che coinvolgano rapporti dell'Arcidiocesi con lo Stato, dovranno essere promosse previamente le intese del caso³⁴.

4.5. I controlli statali.

A tutela della collettività e dello Stato stesso nella legge si prescrivono forme di controllo in merito alla capacità giuridica e d'agire degli enti ecclesiastici ed in specie ai poteri dei loro rappresentanti legali, attraverso l'obbligatoria iscrizione nel Registro delle persone giuridiche³⁵; per garantire così la certezza dei rapporti giuridici si prevede altresì che:

*“Ogni mutamento sostanziale nel fine, nella destinazione del patrimonio e nel modo di esistenza di un ente ortodosso dell'Arcidiocesi, civilmente riconosciuto, acquista efficacia civile mediante riconoscimento con decreto del Ministro dell'interno”*³⁶.

³⁴ Sugli ultimi temi trattati rinvio a V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche*, cit., p. 140 s.

³⁵ Art.17:

“1. Gli enti ecclesiastici dell'Arcidiocesi, civilmente riconosciuti, devono iscriversi nel registro delle persone giuridiche.

2. Nel registro delle persone giuridiche, oltre alle indicazioni prescritte dalle norme vigenti in materia, devono risultare le norme di funzionamento e i poteri degli organi di rappresentanza dell'ente.

3. L'Arcidiocesi e i suoi enti civilmente riconosciuti devono chiedere l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche entro due anni dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione della presente intesa. Decorsi tali termini gli enti interessati possono concludere negozi giuridici solo previa iscrizione nel registro delle persone giuridiche.

Per M. CANONICO, *Nuove leggi per vecchie intese*, cit, non è chiaro se l'obbligo di iscrizione riguardi anche i nuovi enti; io credo che trattasi di norma generale che assoggetta tutti gli enti alla medesima disciplina, indipendentemente dall'epoca del riconoscimento, la sanzione è prevista dalla stessa norma sopra citata: “*gli enti interessati possono concludere negozi giuridici solo previa iscrizione nel registro delle persone giuridiche*”. Per i nuovi enti si applicheranno le regole che già sono utilizzate per tutti gli altri ecclesiastici, di nuova istituzione. La norma è a tutela dei soggetti aventi causa con questi enti; va rilevato che la mancata iscrizione ha, come conseguenza, la non opponibilità ai terzi che non ne fossero a conoscenza delle limitazioni dei poteri di rappresentanza, cfr. *Nozioni di diritto ecclesiastico* a cura di G. Casuscelli, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2009, p. 208 s.

³⁶ Art. 18, commi 2, 3.

“2. In caso di mutamento che faccia perdere all'ente dell'Arcidiocesi uno dei requisiti

Anche la permanenza o il venir meno di persone giuridiche confessionali deve avvenire sotto la sorveglianza dello Stato, specie per la devoluzione dei loro patrimoni e redditi al momento della loro cessazione.

Altra norma importante, come quelle precedenti rinvenibili nelle altre intese, è l'art. 20, in forza del quale, comma 5:

*“L’Arcidiocesi trasmette annualmente, entro il mese di luglio dell’anno successivo a quello di esercizio, al Ministero dell’interno, un rendiconto relativo all’utilizzazione delle somme di cui al comma 1 e ne diffonde adeguata informazione”*³⁷.

Questa prescrizione va vista come controllo su fondi quali il gettito IRPEF, che non diviene di proprietà ecclesiastica, ma è dato allo Stato o a singole chiese e confessioni religiose per scopi prefissati dalla normativa generale e della legge di approvazione di ciascuna intesa.

Riferite alla tutela degli interessi statali, come dei privati, e alla certezza dei rapporti giuridici possono essere viste quelle norme che prevedono la cittadinanza italiana o di un paese dell’Unione europea avente domicilio in Italia per i rappresentanti degli enti e la cittadinanza italiana per i ministri di culto abilitati a celebrare matrimoni religiosi trascrivibili nei registri dello stato civile.

prescritti per il suo riconoscimento, il riconoscimento stesso è revocato con decreto del Ministro dell’interno, sentita l’Arcidiocesi.

3. *La notifica dell’avvenuta revoca dell’erezione di un ente da parte dell’Arcidiocesi determina la cessazione, con provvedimento statale, della personalità giuridica dell’ente stesso.*

³⁷ Tale rendiconto deve comunque precisare:

“a) il numero dei ministri di culto cui è stata assicurata l’intera remunerazione e di quelli ai quali è stata assicurata un’integrazione;

b) l’ammontare complessivo delle somme di cui al comma 1 destinate al sostentamento dei ministri di culto nonché l’ammontare delle ritenute fiscali su tali somme;

c) gli interventi operati per altre finalità previste dall’articolo 19 e dal comma 1 del presente articolo”.

Sulle precedenti intese cfr. V. PARLATO, *Le intese con le confessioni acattoliche*, cit., p.

GIANPIERO SAMORÌ

*SOCIETÀ FIDUCIARIA E LEGITTIMAZIONE ATTIVA
DELL'INVESTITORE FIDUCIANTE ALL'ESERCIZIO DELLE AZIONI
DI RISARCIMENTO DANNI NEI CONTRATTI DI INVESTIMENTO
IN STRUMENTI FINANZIARI*

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema. – 2. La tutela del risparmio: il soggetto di riferimento. – 3. Complicazione del problema in caso di intestazione fiduciaria. La speciale disciplina di settore che definisce il *proprium* delle società fiduciarie. – 4. La soluzione della giurisprudenza. Prime pronunce di merito nel solco della tradizione. – 5. La posizione di Consob su approvazione ed esatta ricostruzione del fenomeno. – 6. La soluzione del “caso per caso” accolta dalla corte di appello di Bologna. Considerazioni conclusive.

1. Inquadramento del tema

La presente indagine prende spunto da tre sentenze di merito, le prime due emanate dal Tribunale di Modena e la terza dalla Corte di Appello di Bologna, che hanno risolto, con esiti opposti, il quesito circa la legittimazione attiva dell'investitore fiduciante ad esperire nei confronti della Banca azione di risarcimento danni per la violazione degli obblighi di condotta dettati dal T.U.F.

L'obiettivo è appurare, in una prospettiva di analisi più generale, se ed in che termini l'incarico di amministrazione fiduciaria possa assumere piena rilevanza anche nei rapporti interprivati, in particolare nei confronti dei terzi contraenti con cui il fiduciante abbia a relazionarsi, sia pur attraverso l'interposizione formale della società fiduciaria.

Una soluzione appagante del problema non può prescindere dalla valutazione congiunta di due profili tra loro distinti, ma strettamente connessi: il profilo sostanziale, ovvero il ruolo di “contraente effettivo” che nella realtà fattuale il fiduciante assume all'atto della formazione della volontà contrattuale e della definizione delle intese con il terzo contraente, ruolo che, come vedremo, assume una rilevanza speciale proprio nell'ambito della intermediazione di strumenti finanziari; ed il profilo giuridico, ovvero la peculiare configurazione che la disciplina di settore assegna alla attività di “amministrazione di beni per conto di terzi” propria (anzi esclusiva) delle società fiduciarie.

2. La tutela del risparmio: il soggetto di riferimento

La diretta interrelazione con il singolo cliente e la valutazione delle sue specifiche caratteristiche di investitore integrano nella disciplina normativa e regolamentare di settore, tanto precedente¹ quanto successiva al recepimento della c.d. Direttiva MiFid², la condizione imprescindibile per l'attuazione degli obblighi di condotta imposti agli intermediari finanziari nella prestazione dei servizi di investimento.

La garanzia di scelte di investimento consapevoli e coerenti ai profili di rischio della clientela procede innanzitutto attraverso la previsione a carico degli intermediari finanziari di un obbligo di adeguata informazione che, per potersi considerare tale, deve fondarsi sulla conoscenza sostanziale del cliente ed essere elaborata in considerazione della sua situazione individuale.

La norma primaria di riferimento era ed è tuttora rappresentata dall'art. 21, comma 1, lett. b), T.U.F., rimasto invariato nella sua formulazione letterale, che prescrive agli intermediari finanziari di *"acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati"*, così istituendo un rapporto di interdipendenza reciproca tra il dovere di informarsi e il dovere di informare.

Contenuto e finalità dei flussi informativi dal cliente all'impresa e dall'impresa al cliente sono dettagliati nella normativa di fonte regolamentare.

In particolare, l'art. 28 del previgente Regolamento Consob n. 11522/98³ stabiliva l'obbligo per l'intermediario di richiedere all'inve-

¹ Le coordinate normative per il regime previgente sono rappresentate dal Decreto Legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 (Testo Unico Finanza) nella versione in vigore sino al 31 ottobre 2007 e dal Regolamento Intermediari n. 11522 adottato da Consob con delibera del 1 luglio 1998.

² La Direttiva n. 2004/39/CE, nota con l'acronimo di MiFID (*Market in Financial Instruments Directive*), detta la disciplina di primo livello in materia di regolamentazione dei mercati dei valori mobiliari ed è integrata da due provvedimenti di dettaglio: la Direttiva n. 2006/73/CE, in tema di requisiti di organizzazione delle imprese di investimento e di modalità di svolgimento dei servizi e delle attività di investimento, e il Regolamento n. 1287/2006, relativo alle operazioni di negoziazione, alla trasparenza dei mercati, alla ammissione di strumenti finanziari ed ai sistemi di scambio. Il recepimento nel nostro ordinamento delle disposizioni comunitarie di armonizzazione è avvenuto con il Decreto Legislativo n. 164 del 17 settembre 2007 e con il nuovo *Regolamento Intermediari* n. 16190 adottato da Consob con delibera del 29 ottobre 2007, entrambi in vigore a far data dal 1 novembre 2007.

³ Per una agevole sintesi del quadro normativo e giurisprudenziale previgente in tema di obblighi informativi e verifica di adeguatezza si rimanda a Paolo FIORIO, *La non*

stitore nella fase preliminare di instaurazione del rapporto “notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio” e di fornirgli in sede di assunzione delle singole scelte di impiego “informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento”.

A norma del successivo art. 29, il dovere di acquisire una conoscenza effettiva ed in concreto del cliente (c.d. *Know your custode rule*), funzionale ad individuarne il profilo di rischio finanziario, era a sua volta ricollegato funzionalmente al fondamentale dovere dell'intermediario di vagliare previamente la adeguatezza dell'operazione “per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione” (c.d. *suitability rule*): un giudizio da formulare, appunto, in ragione “delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati”.

Il nuovo Regolamento Intermediari, adottato da Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007, ha innovato la disciplina previgente introducendo un sistema di regole di condotta e di tutele dell'investitore differentemente graduate in ragione della tipologia di servizio prestato, e dunque più rigorose in ipotesi di servizi ad alto valore aggiunto quali la consulenza e la gestione individuale, e più minimali in ipotesi di servizi di tipo esecutivo⁴.

Più nello specifico, gli artt. 39-43 articolano la c.d. *Know your custode rule* e la conseguente valutazione, in capo all'intermediario, delle operazioni a valersi sui conti della clientela in ragione del tipo di servizio di investimento coinvolto e delle caratteristiche dello stesso, richiedendo una articolata e approfondita conoscenza del cliente e una valutazione di adeguatezza per i servizi di consulenza e di gestione di portafogli, a più

adeguatezza delle operazioni di investimento tra nuova e vecchia disciplina, in *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, a cura di Stefano Amborsini, Paolo Giovanni Demarchi, Giuffrè editore, Milano 2009, e, nella stessa opera, Valentina PICCININI, *Le regole generali di comportamento degli intermediari autorizzati. I principi di lealtà, buona fede e correttezza nella gestione del risparmio*.

⁴ Per una pregevole indagine sul nuovo assetto normativo si rimanda ai contributi di Antonella ANTONUCCI, *Declinazioni della suitability rule e prospettive di mercato*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2010, I, p. 728 ss., e di Marco CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi d'investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. Gabrielli-R. Lener, *I Contratti del mercato finanziario*, (Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli), vol. 2, tomo 1, Torino 2011, 216.

alto valore aggiunto, ovvero una più limitata conoscenza dell'investitore e quindi una valutazione di appropriatezza in caso di prestazione di semplici attività riservate di esecuzione, ricezione e trasmissione di ordini; infine, solo per i servizi c.d. di *execution only* aventi ad oggetto strumenti finanziari non complessi è consentita la disapplicazione del vaglio preventivo dell'intermediario.

Il discrimine per l'applicazione di regole di tutela più pervasive sarà, quindi, rappresentato dalla ricorrenza in concreto di una ipotesi di consulenza, ravvisabile a norma dell'art. 1, comma 5-*septies*, T.U.F., ogniqualvolta l'intermediario, a prescindere dalla qualificazione formale del rapporto⁵, abbia in fatto prestato all'investitore *“raccomandazioni personalizzate (...) riguardo a una o più operazioni relative ad un determinato strumento finanziario”*, dovendosi intendere per *“raccomandazione personalizzata”* quella che sia *“presentata come adatta per il cliente o è basata sulla considerazione delle caratteristiche del cliente”*.

Coerentemente con il contenuto personalizzato delle raccomandazioni che l'intermediario presta al cliente, il nuovo Regolamento non soltanto ribadisce la perdurante vigenza per il servizio di consulenza della c.d. *suatibility rule*, introducendo, anzi, un divieto assoluto di compimento dell'operazione per il caso di giudizio negativo, non superabile neppure con autorizzazione scritta del cliente; inoltre pone ancor più l'accento sulla necessità che la valutazione di adeguatezza si fondi su una conoscenza approfondita della situazione finanziaria del singolo cliente, della sua esperienza in materia e dei suoi obiettivi di investimento, dettagliando in modo estremamente articolato nell'art. 39 le informazioni che a tal fine devono essere raccolte: *“(comma 2) Le informazioni di cui al comma 1, letta a), includono i seguenti elementi (omissis): a) i tipi di servizi, operazioni e strumenti finanziari con i quali il cliente ha dimestichezza; b) la*

⁵ Come precisato dalla Consob, *“l'esercizio del servizio di consulenza si concretizza di per sé, una volta realizzati gli elementi essenziali della definizione normativa e non solo quando ne sia stata formalmente contrattualizzata l'offerta da parte dell'intermediario”* (*“Provvedimenti di vigilanza nei confronti di intermediari”*, documento consultabile sul sito internet www.consob.it alla sezione Regolamentazione / Normativa, massime e orientamenti Consob). Chiaro, però, che in assenza di formale inquadramento del rapporto tra le parti nel *“servizio di consulenza”*, si verranno a profilare spinose questioni in punto di ripartizione dell'onere di prova e mezzi di prova anche presuntivi circa la prestazione in concreto di una raccomandazione personalizzata, questioni dalla cui risoluzione dipenderà in buona parte il grado di tutela effettiva che la giurisprudenza vorrà riconoscere agli investitori.

natura, il volume e la frequenza delle operazioni su strumenti finanziari realizzate dal cliente e il periodo durante il quale queste operazioni sono state eseguite; c) il livello di istruzione, la professione o, se rilevante, la precedente professione del cliente". "(comma 3) Le informazioni di cui al comma 1, lettera b), includono, ove pertinenti, dati sulla fonte e sulla consistenza del reddito del cliente, del suo patrimonio complessivo, e dei suoi impegni finanziari". "(comma 4) Le informazioni di cui al comma 1, lettera c), includono dati sul periodo di tempo per il quale il cliente desidera conservare l'investimento, le sue preferenze in materia di rischio, il suo profilo di rischio e le finalità dell'investimento, ove pertinenti".

Nella diversa ipotesi dei servizi c.d. esecutivi, il vaglio dell'intermediario sarà invece imitato alla verifica della "appropriatezza" dell'operazione, ovvero alla verifica che il cliente abbia il livello di conoscenza ed esperienza necessario per comprendere i rischi connessi alla decisione di investimento da assumere, restando salva la possibilità di dare seguito comunque all'ordine non appropriato dietro semplice avvertenza all'investitore (art. 42 Regolamento). L'obbligo di conoscenza del cliente resta quindi fermo, anche se circoscritto nel suo contenuto e declinato in chiave più standardizzata, in ciò speculare alla tipologia della prestazione contrattuale resa, che è limitata alla semplice attività di inoltrare e raccolta di ordini, al di fuori di una interrelazione di confronto investitore – intermediario su base individuale.

La tutela che il regolatore ha inteso apprestare a favore degli investitori, nella disciplina previgente e ancor più in quella successiva al recepimento della Direttiva MiFID, aspira quindi ad essere tutela di ordine sostanziale, incentrata sulla conoscenza puntuale ed in concreto delle caratteristiche del singolo cliente, finalizzata a consentire a quest'ultimo di compiere scelte di investimento quanto più possibile consapevoli. Necessità che resta attenuata, ma non elisa (salva l'ipotesi limite della prestazione del c.d. servizio di *execution only*, artt. 43-44 Nuovo Regolamento Intermediari), laddove venga meno, appunto, il carattere personalizzato del servizio prestato dall'intermediario.

La rilevanza del cliente di riferimento nella configurazione degli obblighi di condotta degli intermediari rileva, ancor prima, sotto altro decisivo profilo indicato dall'art. 6, comma 2, T.U.F. che – nel delegare al potere regolamentare della Consob la definizione di dettaglio delle regole di corretta e trasparente condotta – ha imposto di tenere conto *"delle differenti esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l'esperienza professionale dei medesimi"*.

Di talchè, la normativa di protezione risulta diversamente graduata non soltanto sul piano oggettivo in funzione della tipologia di servizio prestato, ma anche sul piano soggettivo in funzione della classificazione del cliente in una categoria che esprima una maggiore o minore esigenza di tutela, trovando in particolare piena applicazione nei soli confronti dei clienti c.d. al dettaglio e restando invece per la più parte derogata nei rapporti con i clienti c.d. professionali e con gli operatori qualificati.

È ben noto, a questo riguardo, che la previgente disciplina regolamentare, contenuta nell'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522/98, vuoi per il suo dettato generico vuoi per la miope interpretazione offerta dalla giurisprudenza, si era rivelata gravemente insoddisfacente a garantire quella coerente progressione di tutela voluta dalle norme di rango primario, prestandosi anzi ad agevole mezzo di elusione degli obblighi di condotta.

L'inquadramento del cliente – persona giuridica nella categoria degli investitori professionali si riteneva, infatti, ricollegata alla semplice dichiarazione autoreferenziale del legale rappresentante, senza la previa individuazione di parametri oggettivi su cui misurare l'effettivo possesso della dichiarata competenza ed esperienza in materia finanziaria e senza la previsione in capo alla Banca di alcun onere di verifica dell'attendibilità della dichiarazione⁶.

Il nuovo articolato regolamentare (art. 35, art. 58 e allegato n. 3 del Regolamento Consob n. 16190/07) supera ogni meccanismo di autoreferenzialità, impone all'intermediario l'obbligo di valutare la competenza del cliente ed individua precisi parametri che devono essere considerati al fine di operare tale valutazione.

Fatto salvo il caso delle imprese specificamente operanti nel settore finanziario, la cui competenza non può essere in discussione (cd. “controparti qualificate”), la Consob ha optato per una disciplina differenziata a seconda che lo status di “cliente professionale” sia riconosciuto di diritto ovvero su richiesta dello stesso investitore.

Nella prima categoria rientrano le imprese che soddisfino determinati requisiti dimensionali (20 milioni di euro di “totale di bilancio”; 40 mi-

⁶ La posizione giurisprudenziale, fortemente criticata dalla dottrina, si trova sintetizzata nella sentenza della Cassazione civile 26 maggio 2009, n. 12138, pubblicata in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, II, pag. 269 e ss., con commento di Lorenzo CLARIS APPIANI.

lioni di euro di “fatturato netto”; 2 milioni di euro di “fondi propri”), requisiti che è onere della banca verificare.

La seconda categoria è invece rappresentata dalle persone fisiche e giuridiche che rientrerebbero di per sé nel novero dei “clienti al dettaglio” e che tuttavia abbiano avanzato richiesta scritta di essere trattate come “clienti professionali”. A fronte di tale istanza, diversamente dal passato, l'intermediario è espressamente chiamato a riscontrare l'effettivo possesso di un adeguato livello di competenza, esperienza e conoscenza, anche in ragione della soddisfazione di alcuni parametri presuntivi predefiniti dal regolatore.

Il che nuovamente e ancor più ribadisce l'importanza decisiva che la considerazione della persona e delle caratteristiche del singolo investitore assume per la concreta definizione della ampiezza degli obblighi di condotta vigenti a carico dell'intermediario.

3. Complicazione del problema in caso di intestazione fiduciaria. La speciale disciplina di settore che definisce il proprium delle società fiduciarie

Nei casi oggetto delle pronunce che hanno originato il presente lavoro, il cliente aveva direttamente discusso con il funzionario di Banca la opportunità di investimento in titoli obbligazionari, aveva sottoscritto il documento sui rischi delle operazioni proposte e si era determinato all'acquisto, rilasciando la autorizzazione a tal fine necessaria. Solo all'esito della compiuta definizione dei termini dell'investimento, si era inserita nel rapporto la società fiduciaria con cui lo stesso cliente aveva in essere un rapporto di amministrazione titoli, ciò al solo fine di assumere la formale intestazione del contratto di negoziazione e delle obbligazioni acquistate, per ragioni di maggiore comodità gestionale e riservatezza dell'investitore.

Orbene, in simili ipotesi, chi si deve considerare legittimato ad agire nei confronti della Banca per fare valere la eventuale violazione delle regole di condotta dettate dal T.U.F. e dai Regolamenti di attuazione? E, ancor prima, nei confronti di quale soggetto deve essere verificato il rispetto delle predette regole di condotta, a partire dalla corretta classificazione del cliente come operatore professionale o non professionale? Il cliente fiduciante o la società fiduciaria per tramite della quale egli abbia agito?

Qualunque indagine sul tema deve innanzitutto procedere da una attenta analisi della speciale disciplina di settore che il legislatore dedica alle società fiduciarie⁷.

Pur mancando ad oggi un testo normativo che regolamenti in modo organico le società fiduciarie (testo la cui adozione è stata più volte annunciata, ma mai tradotta in pratica dal legislatore, v. da ultimo il riferimento alla “*riforma organica della disciplina delle società fiduciarie*” contenuto nell’art. 199 del T.U.F.), è però incontestabile che le disposizioni via via adottate in materia, per quanto frammentarie ed incomplete, vengano a configurare nel loro complesso uno statuto a tutti gli effetti speciale, innanzitutto rispetto alla comune disciplina codicistica del contratto di mandato senza rappresentanza, cui parte della giurisprudenza e della dottrina insiste erroneamente nell’assimilare l’agire delle fiduciarie.

La peculiarità economica, prima ancora che giuridica, del fenomeno in questione era stata, invece, percepita con esattezza dal legislatore già nel lontano 1939, allorché con Legge n. 1966 del 23 novembre 1939, poi seguita dal R.D. di attuazione n. 531 del 22 aprile 1940, introduceva una specifica “*Disciplina delle società fiduciarie e di revisione*”, tuttora vigente.

Si tratta di poche, sintetiche norme, destinate a regolare essenzialmente i profili della vigilanza e della governance societaria, ma comunque decisive nell’attestare che le società fiduciarie rappresentano un istituto “a sé” rispetto all’operare di un generico mandatario.

Il legislatore riconosce, infatti, l’attività propria delle società fiduciarie come attività tipica e riservata, per un verso individuando come società fiduciarie tutte “*quelle che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l’amministrazione dei beni per conto di terzi*” (art. 1) e per altro verso assoggettando tutte le società in questione ad autorizzazione e vigilanza governativa (art. 2), a presidio di stringenti requisiti dettati in punto di forma giuridica, composizione del capitale sociale, requisiti di professionalità di amministratori, sindaci e dipendenti delle società fiduciarie (artt. 3-5). Pertanto, a partire dalla entrata in vigore della Legge n. 1966/1939 nessun altro soggetto, diverso dalle società espressamente autorizzate ad operare come fiduciarie ed assoggettate in quanto tali al controllo ministeriale, avrebbe più potuto esercitare in for-

⁷ Per una ricostruzione della complessa vicenda normativa che ha interessato le società fiduciarie, si veda Nicola NISIO, *L’attività di “amministrazione” delle società fiduciarie (evoluzione e prospettive)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2003, I, p. 42 ss.; nonché Lorenzo DE ANGELIS-Paolo GAGGERO, *Società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2, p. 940 ss.

ma imprenditoriale l'attività di amministrazione di beni per conto di terzi; divieto successivamente rafforzato dall'art. 3 *bis* del Decreto Legge n. 27 del 16 febbraio 1987 con la previsione della sanzione della liquidazione coatta amministrativa per *"le società e gli enti che, senza essere autorizzati ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, svolgono attività propria di società fiduciaria"*.

La esatta comprensione da parte del legislatore del '39 dei fenomeni economici sottostanti è confermata anche dalla norma di chiusura, con cui si fanno salve *"le disposizioni del regio decreto-legge 26 ottobre 1933-XI, n. 1598, per quanto si riferisce alle società fiduciarie che abbiano per oggetto la gestione fiduciaria di beni conferiti da terzi, corrispondendo utili della gestione"* (art. 6), con ciò dimostrando di avere ben chiara una distinzione già affermata nella realtà pratica e di estrema rilevanza anche per la presente prospettiva di analisi, quella tra c.d. "fiducia statica" e c.d. "fiducia dinamica": ovvero tra l'attività di amministrazione di cui all'art. 1, caratterizzata dallo scopo conservativo, e cioè per essere diretta principalmente al semplice esercizio dei diritti afferenti i cespiti affidati, con esclusione di ogni potere di autonoma disposizione in capo alla società fiduciaria, tenuta ad attendere di volta in volta alle istruzioni impartite dal fiduciante e a restituire gli stessi titoli o beni ricevuti fiduciarmente; e l'attività di gestione fiduciaria di cui all'art. 6, caratterizzata dallo scopo produttivo e dal riconoscimento in capo all'ente di gestione fiduciaria di un potere di disposizione dei cespiti ampiamente discrezionale, con il solo obbligo di operare al meglio e restituire al fiduciante non già gli identici titoli o beni originariamente conferiti, ma il risultato utile della gestione come certificato dal rendiconto finale.

La definitiva separazione tra società fiduciarie di amministrazione e società fiduciarie di gestione è stata in seguito sancita dalla Legge n. 1 del 2 gennaio 1991 e, ancor più significativamente, dal Decreto Legislativo n. 415 del 23 luglio 1996 (c.d. Decreto Eurosim), che nell'introdurre una prima disciplina organica dell'intermediazione finanziaria, hanno imposto alle società fiduciarie una alternativa obbligata: optare per lo svolgimento della attività di gestione di patrimoni mediante operazioni aventi per oggetto valori mobiliari, andandosi così ad affiancare a Banche e S.i.m., con pieno assoggettamento alla disciplina dettata per queste ultime e divieto di svolgere l'attività di amministrazione di beni per conto di terzi prevista nella Legge del 1939; oppure, continuare a svolgere tutte le attività previste dalla Legge del 1939, ma con esclusione di ogni operatività nel settore della gestione patrimoniale e, più in generale, della intermediazione finanziaria. Questa impostazione, fatta propria dal T.U.F. (art.

199), rimarca con chiarezza che l'attività di "*amministrazione dei beni per conto di terzi*" propria delle società fiduciarie c.d. statiche, a differenza di quanto previsto per i servizi di gestione e consulenza finanziaria, non può contemplare alcun elemento di autonomia tecnica o ingerenza nella scelte di impiego degli strumenti affidati, scelte rimesse in via esclusiva alla volontà del cliente-fiduciante.

Il Decreto Eurosim ha segnato un passaggio decisivo anche nell'individuazione di ciò che deve considerarsi proprio e caratteristico dell'essere "società fiduciaria".

L'art. 60, confermato nella sua perdurante vigenza dall'art. 199 del T.U.F., riconosce, in particolare, alle società fiduciarie la possibilità di operare "*anche mediante intestazione fiduciaria*" degli strumenti finanziari gestiti, laddove agli altri operatori del settore, Banche e S.i.m., è consentito di agire, previo consenso scritto, soltanto "*in nome proprio e per conto del cliente*" (art. 17 D.Lgs. n. 415/1996), secondo lo schema classico del mandato senza rappresentanza.

La previsione è specificamente riferita alle società fiduciarie di gestione, ma la dottrina⁸ e, almeno in parte, la giurisprudenza⁹ non dubitano che la prerogativa caratterizzante di tutte le società fiduciarie, comprese quelle di amministrazione statica, si debba ritenere definitivamente espressa nell'operare per tramite di intestazione fiduciaria.

Orbene, l'art. 60 non precisa in cosa consista il *proprium* di tale "*intestazione fiduciaria*" e tuttavia ne rimarca la differenza rispetto al generico agire "*in nome proprio e per conto di*", caratteristico del mandato senza rappresentanza, offrendo un ulteriore, importante indice della peculiarità del rapporto che si instaura con la società fiduciaria, vale a dire con un soggetto che istituzionalmente e professionalmente esercita attività di amministrazione fiduciaria, nel rispetto di puntuali norme organizzative e comportamentali.

La volontà di rimarcare anche sul piano terminologico la distinzione tra i due istituti è, del resto, attestata assai chiaramente anche dalla formula "*per tramite di società fiduciaria o per interposta persona*", che ri-

⁸ Paolo Ferro LUZZI, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, p. 53 ss.; Nicola NISIO, op. citata; Francesco NUZZO, *Società fiduciaria*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano, 1990; Federico DI MAIO, *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, in *Contratto e impresa*, 2012, 1, p. 9 ss.

⁹ Cassazione civile, sentenza 14 ottobre 1997, n. 10031 e giurisprudenza conforme citata alla successiva nota 21.

corre in numerose disposizioni del Codice civile (artt. 2357, 2358, 2359, 2359 *bis*, 2360, 2427, 2428, 2429 *bis*, 2504 *ter* c.c.) e del T.U.F. (artt. 14, 15, 61, 80) ¹⁰.

Ma ancora più decisive sono le molteplici previsioni che identificano nei fiducianti gli “*effettivi proprietari*” dei beni da essi affidati alla società fiduciaria e impongono in capo alle società fiduciarie obblighi sempre più estesi di trasparenza. Ne ricordiamo alcune: l’art. 1, comma 4, del Regio Decreto n. 239 del 29 marzo 1942, in tema di nominatività obbligatoria dei titoli azionari, impone alle “*società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi*” di “*dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi*”; l’art. 9 della Legge n. 1745 del 29 dicembre 1962, in tema di imposizione fiscale sugli utili distribuiti dalle società, fa obbligo alle società fiduciarie di “*comunicare allo Schedario e al competente ufficio delle imposte, entro il 15 febbraio di ciascun anno, i nomi degli effettivi proprietari delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi, sulle quali hanno riscosso utili nell’anno solare precedente*”; l’art. 2 del Decreto Legge n. 233 del 5 giugno 1986, in tema di liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie, consente alle Autorità governative di “*richiedere alle società fiduciarie e alle società fiduciarie e di revisione, le quali sono parimenti tenute a fornirle entro quindici giorni, le generalità degli effettivi proprietari dei titoli azionari e delle altre partecipazioni sociali intestati al proprio nome*”; l’art. 21 del Testo Unico Bancario dispone che “*le società fiduciarie che abbiano intestato a proprio nome partecipazioni in società appartenenti a terzi comunicano a Banca d’Italia, se questa lo richieda, le generalità dei fiducianti*”.

E proprio a tutela dei fiducianti, in quanto “*effettivi proprietari*”, e ad evidenziazione del carattere puramente formale della intestazione che fa capo alle fiduciarie, la normativa di settore prevede, coerentemente, che le società istituiscano un apposito “Libro dei fiducianti”, in cui annotare le generalità dei fiducianti, il loro domicilio, il codice fiscale, il numero ovvero il codice attribuito all’incarico ricevuto; che registrino i nomi dei fiducianti cui riferire le singole operazioni compiute anche nell’Archivio Unico Informatico in vista della applicazione della normativa antiriciclaggio; che procedano ad un inventario analitico dei beni e degli strumenti finanziari conferiti dai fiducianti; che detti beni e strumenti finanziari tro-

¹⁰ Il rilievo è di Federico DI MAIO, *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, opera citata.

vino rappresentazione contabile non già nell'attivo dello stato patrimoniale, bensì nei conti d'ordine, che come ben noto sono destinati ad accogliere “rischi, impegni e beni di terzi presso l'impresa”¹¹; che vincolino beni o diritti in favore dei fiducianti per un ammontare pari a quello della riserva matematica; che depositino le disponibilità liquide dei fiducianti in conti accesi presso enti creditizi e rubricati come conti di amministrazione fiduciaria, con esclusione del diritto di compensazione tra i relativi saldi e quelli di ogni altro conto intrattenuto con l'ente creditizio dalla società medesima¹².

La ricognizione degli interventi normativi in materia, peraltro qui limitata alle sole previsioni di maggiore rilievo sistematico¹³, comprova nel suo complesso un riconoscimento di “tipicità” non ragionevolmente contestabile, che connota il rapporto tra la società fiduciaria e i clienti-fiducianti per alcuni tratti di assoluta specificità, in particolare laddove esso abbia ad oggetto l'amministrazione statica di strumenti finanziari, tratti così sintetizzabili:

a) la natura qualificata del soggetto legittimato ad assumere l'incarico di amministrazione fiduciaria, costituito dalle sole società che siano state autorizzate ad operare a norma della Legge n. 1966/1939 e che in quanto tali restano assoggettate al rispetto di puntuali norme comportamentali ed organizzative e all'esercizio di stringenti poteri di vigilanza esterna;

b) la imputabilità alla esclusiva volontà del fiduciante di ogni scelta che attenga alla sottoscrizione, alla gestione e alla dismissione degli strumenti affidati fiduciarmente, posto che alla società fiduciaria è preclusa ogni attività che non sia rappresentata dalla mera intestazione formale e dalla mera esecuzione di ordini di amministrazione;

¹¹ Così è precisato nel principio contabile OIC n. 22. Per un contributo dottrinale sulla rappresentazione contabile delle attività detenute per tramite di società fiduciarie si rimanda a Giuseppe B. PORTALE, *Fiducia «romanistica» e «prevalenza della sostanza sulla forma» nel bilancio bancario d'esercizio*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, I, p. 356 ss.

¹² Questi i riferimenti normativi: Legge n. 1966 del 23 novembre 1939; Regio Decreto n. 531 del 22 aprile 1940; Decreto Legge n. 27 del 16 febbraio 1987; Circolare del Ministero dell'Industria n. 3188/C del 5 maggio 1989; Decreto del Presidente della Repubblica 18 aprile 1994 n. 361; Decreto Ministeriale 16 gennaio 1995; Decreto Ministeriale 19 dicembre 1991 ora trasfuso nel Regolamento Banca d'Italia 31 dicembre 2009.

¹³ Un'utilissima e completa ricognizione della normativa interna riferita alle società fiduciarie è stata curata da Federico DI MAIO, *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, opera citata.

c) il permanere della proprietà effettiva dei beni in capo al fiduciante, a fronte della connotazione puramente formale della loro intestazione alla società fiduciaria;

d) la previsione di meccanismi di sicura identificazione dei fiducianti (v. "Libro dei fiducianti"), che rendano sempre possibile disvelare, nei confronti delle Autorità e dei terzi, il soggetto cui fa capo l'interesse sostanziale dell'operazione compiuta "*per tramite di società fiduciaria*".

Tutti questi caratteri – è bene ribadire – non trovano la loro fonte in semplici previsioni contrattuali, ma sono direttamente previsti *ex lege*, sia pur nell'ambito di un *corpus* normativo che non ha ancora trovato adeguata sistemazione unitaria. Ciò che pone le premesse affinché la posizione del fiduciante assuma pieno rilievo anche nei rapporti interpretati, in particolare nei confronti dei terzi contraenti, con piena coincidenza della componente interna ed esterna del rapporto¹⁴. Come scrive Francesco Corsi, "*il fatto stesso che il fiduciario sia rappresentato da una società costituita per assumere professionalmente questa veste, sgombra il campo dai più grossi problemi di apparenza rispetto ai terzi che, di fronte ad una società fiduciaria, ben sanno e non possono ignorare che questa agisce per altri e non è effettivamente proprietaria di quanto pur figura ad essa intestato*"¹⁵.

4. La soluzione della giurisprudenza. Prime pronunce di merito nel solco della tradizione

La peculiarità del rapporto intercorrente con un soggetto che svolge istituzionalmente l'attività di amministrazione di beni di terzi, senza assumerne la proprietà sostanziale, non è stata oggetto di alcuna considera-

¹⁴ Il merito di avere teorizzato la tipicità normativa e la diretta rilevanza interpretata del rapporto che si instaura tra fiduciante e società fiduciaria, definito quale "contratto fiduciario" per contrassegnarlo e distinguerlo dal generico contratto di mandato si deve a Federico DI MAIO. Tra i numerosi scritti dedicati dall'autore al tema: *Società fiduciarie e contratto fiduciario*, Milano, 1977; *La società fiduciaria e il contratto fiduciario nella giurisprudenza e nella prassi degli organi di controllo*, Padova, 1995; *La riservatezza come elemento costitutivo dell'attività della fiduciaria*, in *Le Società*, 2004, p. 604 ss.; *Il contratto fiduciario e i suoi effetti*, in *Le Società*, 2007, p. 991 ss.; *Il rapporto fra società fiduciaria e terzi non fiducianti tra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in *Le Società*, 2010, n. 5, p. 543 ss.; *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, opera citata.

¹⁵ Francesco CORSI, *Società fiduciarie: risvolti civilistici e societari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, I, p. 313 ss. Nello stesso senso, Federico DI MAIO, *Mandato fiduciario e società fiduciarie*, opera citata.

zione nelle sentenze n. 249 del 14.2.2008¹⁶ e n. 6056 del 9.7.2011 del Tribunale di Modena¹⁷.

Entrambe le pronunce hanno, infatti, affrontato e risolto la questione della legittimazione attiva del fiduciante nella prospettiva di un ordinario rapporto di mandato. Preso atto che gli acquisti dei titoli obbligazionari erano stati perfezionati dall'investitore non già personalmente, ma per il tramite formale di società fiduciaria e rilevato che questa non disponeva del potere di spenderne il nome, hanno concluso che il solo soggetto legittimato a fare valere in giudizio le tutele contrattuali derivanti dalle predette operazioni di investimento doveva individuarsi nella stessa società fiduciaria quale mandataria senza rappresentanza e diretta proprietaria degli strumenti finanziari acquistati in esecuzione del mandato.

Nella prima delle due sentenze si afferma esattamente: *“L’acquisto di obbligazioni (omissis) viene effettuato espressamente “per conto” della (Fiduciaria) (cfr. doc. n. 1 prodotto dall’attore), nella documentazione d’acquisto non solo non compare mai il nome dell’attore ma nemmeno viene indicato che l’acquisto avvenga in nome proprio ma per conto dell’attore, cioè, in breve, non vi è mai spendita del nome dell’attore (...) Premesso quanto sopra, la fattispecie va inquadrata nell’ambito della figura del mandato senza rappresentanza. Nell’instestazione fiduciaria, infatti, il fiduciario è comunque un mandatario senza rappresentanza del fiduciante, che agisce, come espressamente risulta dalla documentazione in causa, in nome proprio ma per conto del fiduciante”*. Motivazione che viene riproposta pressoché identica nella seconda pronuncia: *“La circostanza che prima di procedere all’acquisto l’Istituto di credito abbia chiesto ed ottenuto la sottoscrizione del modulo relativo alla conoscenza dei rischi dell’investimento (cfr. dep. B. e doc. n. 2 del C.E. S.p.A.), non appare sufficiente per ritenere che l’attore sia parte sostanziale del contratto di investimento (al quale, anzi, intendeva espressamente non partecipare) e, come tale, legittimato ad intraprendere le azioni negoziali su di esso fondate. Nella fattispecie si è infatti in presenza (...) di un mandato senza rappresentanza. A prescindere dai rapporti interni con il fiduciante (e, quindi, dalla natura germanistica o romanistica del pactum fiduciae), la società fiduciaria agisce infatti come mandatario senza rappresentanza del fiduciante, rispondendo direttamente delle obbligazioni che come tale contrae”*.

¹⁶ La sentenza è pubblicata in *Le Società*, 2010, n. 5, pag. 543 e ss., con commento di Federico Di MAIO.

¹⁷ Sentenza non pubblicata.

Le due pronunce hanno, quindi, svalutato tanto la specificità tecnico-giuridica del rapporto instaurato con una società fiduciaria autorizzata ad operare a norma della Legge n. 1966/1939, quanto il ruolo di “controparte sostanziale” rivestito in concreto dal cliente-fiduciante, che nei rapporti con la Banca si era sempre posto ed era sempre stato pacificamente inteso come il diretto interessato all'affare, destinatario di tutti i suoi effetti positivi e negativi; tant'è vero che a lui venivano sottoposte le proposte di investimento, da lui provenivano le relative autorizzazioni all'acquisto, a lui ancora veniva richiesta la sottoscrizione dei documenti informativi sui rischi dell'operazione finanziaria. Il che, a ben vedere, è una diretta conseguenza degli specifici compiti che l'ordinamento assegna alle società di fiducia c.d. statica, circoscritti alla mera intestazione formale e al compimento degli atti di gestione conservativa, senza alcun potere di intervento nella determinazione della volontà contrattuale sottesa alle scelte di acquisto e di disinvestimento dei beni e, in special modo, degli strumenti finanziari, rimesse integralmente al fiduciante.

La posizione espressa dai giudici modenesi è, però, tutt'altro che isolata nel panorama della giurisprudenza di merito, più volte chiamata a pronunciarsi sul tema della intestazione a società fiduciaria di titoli azionari e sui connessi problemi di legittimazione attiva e passiva all'esercizio dei diritti e all'adempimento dei doveri connessi allo *status* di socio.

La abnormità dei risultati pratici a cui tali pronunce conducono dovrebbe di per sé sola indurre a dubitare della correttezza del percorso logico-giuridico seguito dai Giudici.

A titolo di esempio, si è affermato:

– che il carattere unipersonale di una società a responsabilità limitata permane allorchè il socio costituente sia rappresentato da una società fiduciaria, a nulla rilevando che essa agisca su incarico di una pluralità di fiducianti (Corte di Appello di Milano, sentenza 9 maggio 2000) ¹⁸;

– che in presenza di una clausola statutaria che attribuisca un diritto di prelazione per il caso di cessione a titolo oneroso delle azioni e a fronte della *denuntiatio* con cui alcuni soci abbiano comunicato la loro volontà di vendita delle azioni detenute, non può considerarsi come valida accettazione della proposta di vendita la dichiarazione con cui altro socio abbia comunicato la sua volontà di esercitare il diritto di prelazione, alle esatte condizioni indicate, con la sola precisazione di richiedere l'intesta-

¹⁸ La sentenza è pubblicata in *Le Società*, 2001, n. 2, pag. 195 e ss, con commento di Giorgio Maria ZAMPERETTI.

zione fiduciaria delle suddette azioni ad una società fiduciaria, rappresentando questa un soggetto estraneo alla compagine sociale (Tribunale di Como 23 febbraio 1994) ¹⁹;

– che in ipotesi di esercizio di un'opzione *put* che era stata concessa a favore dei soci di minoranza da parte del socio di maggioranza, l'obbligo di fare fronte al pagamento del prezzo di acquisto deve gravare in via esclusiva sulla società fiduciaria a cui lo stesso socio di maggioranza aveva formalmente intestato le proprie azioni, sebbene tale intestazione fosse stata dichiarata nel contratto di opzione e questo fosse stato definito in tutti i suoi elementi direttamente dal socio fiduciante (Tribunale di Treviso 27 ottobre 2011) ²⁰;

– che l'obbligo di provvedere al versamento dei decimi mancanti sulle azioni non integralmente liberate grava sulla sola società fiduciaria cui dette azioni siano state successivamente intestate, senza che la stessa possa nemmeno invocare la mancata indicazione sul certificato azionario del debito per i versamenti residui (Tribunale di Milano 13 febbraio 2008) ²¹.

È bene evidenziare che in nessuno dei casi esaminati si poneva un problema di tutela dell'affidamento o della buona fede dei terzi. L'identità dei fiducianti era perfettamente nota a tutti i soggetti coinvolti, era stata correttamente dichiarata dalla società fiduciaria e comunque non era mai stata messa in discussione né dagli altri soci né dagli amministratori della società partecipata, che anzi avevano sempre intrattenuto ogni rapporto sostanziale direttamente con il fiduciante e con questo direttamente concordato ogni elemento dei loro reciproci impegni negoziali.

Tuttavia, né la considerazione della specificità del soggetto interposto, né la valorizzazione del ruolo di controparte sostanziale rivestito in concreto dal fiduciante, né il carattere trasparente che la fiducia era venuta in concreto ad assumere, sono valse a scalfire la tesi del “*mandato senza rappresentanza*”; che, definito dalle poche ed elementari previsioni del codice civile, sembra anzi risolversi in un agevole mezzo per eludere una seria riflessione sul complesso sistema normativo che definisce il *proprium* delle società fiduciarie. Lo dimostra il fatto che in nessuna delle pronunce citate si fa cenno alcuno a questa disciplina speciale, fosse anche soltanto per confutarne la conferenza.

¹⁹ La sentenza è pubblicata in *Le Società*, 1994, n. 5, pag. 678 e ss., con commento di Vincenzo CARBONE.

²⁰ La sentenza è consultabile nella banca dati Cedam – Utet Pluris.

²¹ La sentenza è consultabile in *Le Società*, 2009, n. 2, pag. 223 e ss., con commento di Nicola DE LUCA.

Ma il ripiegamento sull'istituto "familiare" del mandato deve probabilmente imputarsi, più ancora che a disimpegno intellettuale, alla stessa incapacità di cogliere la sostanza del fenomeno economico sottostante, come comprova l'esito paradossale in cui finisce per avvatarsi la sentenza del Tribunale di Milano del 13 febbraio 2008 da ultimo citata.

I Giudici esordiscono riproponendo l'ormai tralatizia formula circa il rilievo meramente interno dell'incarico di mandato: *"Reputa il Tribunale che nella specie non abbia alcun rilievo il richiamo di Cordusio alla natura fiduciaria dell'intestazione delle azioni, nè alla buona fede: a prescindere dai rapporti interni con il fiduciante e, quindi, dalla natura germanistica o romanistica del pactum fiduciae con quello contratto, Cordusio Fiduciaria è nei rapporti esterni, quindi anche verso la società di cui diventa socio, un mandatario senza rappresentanza (come conferma peraltro lo specifico mandato conferito nel caso concreto dal fiduciante; cfr. doc. n. 1 parte opponente) che risponde direttamente delle obbligazioni che come tale contragga, anche ex lege – nel caso specifico ex art. 2356 c.c. – salvo il diritto di rivalersi verso il suo fiduciante, il quale, peraltro, ha l'obbligo di fornirgli, eventualmente, le somme necessarie a liberare le azioni che ha solo fiduciariamente trasferito"*.

Proseguono, quindi, osservando che *"diversamente opinando, a fronte di un socio rappresentato, come spesso avviene, da una fiduciaria, la società non sarebbe neppure in grado di individuare il soggetto obbligato ex art. 2356 c.c.; e ciò in considerazione del fatto che la società fiduciaria quale mandataria senza rappresentanza (secondo l'opinione prevalente e consolidata in giurisprudenza) non può essere obbligata a spendere il nome del suo mandante"*.

L'argomentazione pare doppiamente errata. Sul piano della fattispecie concreta, perché la Cordusio Fiduciaria aveva dichiarato sin dall'inizio il nome del fiduciante, peraltro da sempre noto agli amministratori della società (tant'è vero che anche a lui era stato notificato decreto ingiuntivo per il pagamento dei decimi mancanti). Ma, ancor prima, sul piano del ragionamento astratto, perché oblitera di considerare che le società fiduciarie, a differenza del semplice mandatario o soggetto interposto, sono tenute a precisi obblighi di annotazione della identità dei fiducianti e dei beni oggetto di intestazione fiduciaria (v. "Libro dei fiducianti"), di talchè solo nel caso in cui la società rifiutasse di svelare il nome del fiduciante o di consentire la verifica della correttezza di tale informazione tramite riscontro nelle proprie scritture sociali, potrebbe porsi un reale problema di tutela dei terzi creditori o dei terzi contraenti.

La contraddizione finale in cui incorre il Tribunale disvela la debolezza del complessivo ragionamento: *"Nel caso di specie poiché esplicitamente è fiduciaria del socio originariamente obbligato verso la società, Cor-*

duzio non è neppure un soggetto "terzo" rispetto al debito d'apporto, non può cioè neppure rivendicare la posizione di terzietà e l'eventuale buona fede che potrebbe invocare rispetto alla società qualora fosse fiduciaria di un terzo acquirente dal socio obbligato di titoli non liberati".

In sostanza, Cordusio Fiduciaria è considerata soggetto terzo e distinto dal fiduciante quando si tratta di affermarne la legittimazione passiva al pagamento dei decimi mancanti; ma ritorna ad essere mero intestatario formale del fiduciante quando si tratta di impedirle la proposizione di eccezioni fondate sul tenore letterale del titolo azionario!

Gli stessi commentatori della pronuncia favorevoli a riferire l'obbligo di conferimento in capo alla sola società fiduciaria non hanno potuto non censurare l'insanabile incongruenza della soluzione accolta dai Giudici milanesi. Annotano al riguardo Giuseppe Portale e Enrico Ginevra: *"Non è facile, invero, comprendere come l'affermazione dell'assunzione diretta degli obblighi di conferimento, che si dice incombere sul fiduciario nel momento in cui «diventa socio», possa conciliarsi con quella della mancata «terzietà» di detto soggetto rispetto al «debito d'apporto» verso la società partecipata, gravante sul fiduciante. La logica, prima ancora del diritto, sembra esigere, infatti, che chi «contrae direttamente» un obbligo al pagamento di una prestazione verso un creditore, già promessa da altri, è in effetti «terzo» rispetto al rapporto preesistente"*²².

Il rilievo è ineccepibile, ma avrebbe, forse, condotto nel caso di specie ad un esito ancor più assurdo di quello prodotto dalla sentenza. Dato infatti per ammesso che legittimato passivo al pagamento dei decimi richiamati fosse la sola società fiduciaria e che la stessa, proprio perché soggetto terzo e distinto dal fiduciante, potesse a buon diritto invocare la

²² Giuseppe B. PORTALE-ENRICO GINEVRA, *Intestazione a società fiduciaria di azioni non interamente liberate e responsabilità per i conferimenti residui*, in *Rivista delle società*, 2011, n. 5, p. 813. I due autori, pur evidenziata la contraddittoria soluzione accolta dai giudici milanesi, condividono la tesi della tendenziale riferibilità al fiduciario dell'obbligo di conferimento e ritengono che una diversa interpretazione potrebbe condividersi al più *"con esclusivo riferimento alle c.d. fiduciarie «dinamiche» e in quanto fondata su (o esplicativa de) la speciale legittimazione a disporre che a queste società spetta ai sensi dell'ordinamento"*, mentre per le c.d. società fiduciarie statiche *"la possibilità medesima del conferimento di una legittimazione scissa dalla titolarità sembra fortemente dubbia in conformità alle regole generali e al diritto societario"*. A nostro contrario avviso, proprio la esclusione in capo a queste ultime di un autonomo potere di disposizione dei titoli affidati fiduciarmente concorre invece a giustificare anche nei rapporti con i terzi la permanenza in capo al fiduciante di diritti ed obblighi societari, salva la possibilità di esercitarli ed adempierli per tramite della fiduciaria.

mancata annotazione sul titolo del debito residuo, ne sarebbe conseguito il rischio teorico di non ottenere il pagamento coattivo tanto dal fiduciario quanto dal fiduciante, ove quest'ultimo non avesse inteso fornire la provvista per i decimi mancanti.

La irragionevolezza pratica dell'una e dell'altra soluzione disvela il fraintendimento del ruolo giuridico assegnato, tanto dalla disciplina di settore quanto dalla realtà delle relazioni economiche, alle società fiduciarie, quello della pura e semplice *"intestazione di beni appartenenti effettivamente a terzi"*.

La definizione riportata tra virgolette – *"intestazione di beni appartenenti effettivamente a terzi"* – è della Suprema Corte, che non è mai pervenuta ad elaborare una posizione unitaria sul tema e tuttavia, in alcune importanti decisioni, ha saputo porsi su posizioni interpretative estremamente avanzate.

L'elaborazione più matura e ragionata si ritrova nella sentenza della Cassazione civile n. 10031 del 14 ottobre 1997²³, chiamata a pronunciarsi sulla azione di rivendica che era stata promossa da alcuni clienti di una società fiduciaria posta in l.c.a. per ottenere la restituzione dei titoli azionari alla stessa intestati fiduciariamente, in quanto titoli di loro diretta proprietà.

L'analisi dei Giudici di legittimità poggia su un'accurata ricostruzione degli interventi normativi che a partire dalla Legge del 1939 sono stati via via dedicati alla attività delle società fiduciarie, con particolare attenzione per quelle disposizioni che qualificano i fiducianti quali *"proprietari"*

²³ La sentenza è pubblicata in *Banca borsa e titoli di credito*, 1999, II, pag. 141 e ss., con commento di Luigi SALAMONE; in *I Contratti*, 1998, n. 1, pag. 23 e ss., con commento di Ugo CARNEVALI; in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, II, pag. 299 e ss., con commento di Federico DI MAIO; in *Corriere giuridico*, 1998, pag. 301 e ss., con commento di Adolfo DI MAJO; in *Foro Italiano*, 1998, I, 851, con commenti di Michele CRISOSTOMO e Francesco MACARIO; in *Notariato*, 1998, 307, con commento di Mauro GRONDONA. In senso conforme si sono espresse: Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 10 dicembre 1984, n. 6478, in *Diritto Fallimentare*, 1985, II, pag. 426 e ss.; Cassazione civile, sentenza 1 luglio 1993, n. 7186, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, pag. 116 e ss.; Cassazione civile, sentenza 23 settembre 1997, n. 9355, in *Foro italiano*, 1999, I, pag. 1323 e ss.; Cassazione civile, sentenza 21 maggio 1999, n. 4943, in *Giustizia civile*, 1999, I, pag. 2635 e ss. Per l'orientamento opposto si veda, invece, sempre nella giurisprudenza di legittimità, Cassazione civile, sentenza 8 maggio 2009, n. 10590, in *Le Società*, 2010, n. 5, pag. 543 e ss., con la opportuna precisazione che tutti i precedenti conformi ivi citati fanno, in realtà, riferimento ad ipotesi in cui l'intestazione fiduciaria era stata assunta da semplice persona interposta e non già da società fiduciaria operante a norma della Legge n. 1966/1939.

effettivi” dei beni affidati alle società fiduciarie; che vietano alle società fiduciarie di poter liberamente disporre delle cose ricevute in consegna; che prevedono l’obbligo di depositare i valori mobiliari e le disponibilità liquide dei fiducianti presso aziende di credito in conti rubricati come di “amministrazione fiduciaria”, sottratti a compensazione; che contemplano la tenuta di un apposito “Libro dei fiducianti”, con l’annotazione delle generalità dei fiducianti, delle somme di denaro e dei valori mobiliari conferiti con il rispettivo valore di carico.

Valorizzando questa peculiare disciplina, la Corte perviene ad affermare che *“il proprium del rapporto intercorrente tra la società fiduciaria e i fiducianti consiste nell’istestazione di beni appartenenti effettivamente ad altri proprietari”* e che *“la proprietà della società fiduciaria, pur non potendo dirsi ‘fittizia’ (perché effettivamente voluta, e appunto per questo estrinsecantesi in obblighi di gestione e di garanzia degli ‘effettivi titolari’), ha carattere ‘formale’*. Per l’effetto, riconosce al fiduciante *“una tutela di carattere reale, azionabile in via diretta ed immediata nei confronti di ogni consociato”*.

La sentenza non affronta direttamente la questione della legittimazione del fiduciante all’esercizio dei diritti e all’adempimento degli obblighi derivanti da contratti intercorsi con soggetti terzi per tramite di società fiduciaria. Tuttavia, ha cura di precisare che i principi in essa affermati hanno una portata più generale e pongono *“le premesse per attribuire rilievo alla posizione del fiduciante anche nell’ambito dei rapporti interprivati”*.

Queste premesse interpretative hanno in effetti trovato coerente sviluppo in alcune pronunce delle Corti di merito, esattamente speculari ed antitetiche a quelle richiamate in apertura di paragrafo, a riprova che il quadro giurisprudenziale in materia è tutt’altro che pacificato ed unitario. Si è così affermato:

- che non costituisce ipotesi di “voto divergente” il fatto che una società fiduciaria voti con riferimento alla quota intestata ad un socio e non partecipi alla votazione con riguardo alla quota intestatale fiduciarmente da altro socio (Tribunale Milano, sentenza 19 novembre 2001)²⁴;
- che il fiduciante è legittimato ad impugnare una delibera assem-

²⁴ La sentenza è pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 2002, pag. 1438 e ss., con commento di Paolo FIORIO, pag. 1438 e ss. Va detto che i giudici sono pervenuti alla conclusione esposta valorizzando non tanto la specificità delle società fiduciaria, quanto l’autonomia negoziale della parti, cui deve riconoscersi la possibilità di configurare il loro rapporto in termini di “fiducia germanistica” anziché di “fiducia romanistica”, seguendo la linea interpretativa tracciata in da Pier Giusto JAEGER (v. *Sull’istestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1979, I, p. 181 ss.).

bleare ritenuta invalida, anche se al momento della sua assunzione le azioni erano intestate ad una società fiduciaria, ciò che “*potrebbe al più giustificare una legittimazione concorrente con quella della fiduciaria giacché, come il fiduciante può dare istruzioni alla fiduciaria/mandataria nell'attività di gestione dei beni affidatili, istruzioni fra le quali ben può essere ricompreso il mandato ad impugnare la delibera, così può impugnarla direttamente*” (sempre Tribunale Milano, sentenza 19 novembre 2001)²⁵;

– che qualora il rapporto tra società fiduciaria e cliente fiduciante si connoti in termini di c.d. fiducia statica, tale per cui “*la società fiduciaria riceve dei titoli con l'espressa pattuizione che la titolarità di essi rimanga in capo al fiduciante e che la società fiduciaria non compia autonomamente alcuna attività, se non dopo aver ottenuto per ogni singola operazione apposite istruzioni da parte del fiduciante, dovendo a costui restituire gli stessi titoli ricevuti*”, l'obbligo di integrare il versamento della quota sociale sottoscritta grava sul fiduciante e non già sulla fiduciaria (Tribunale di Trani, sentenza 29 settembre 2003)²⁶;

– che l'obbligo di corrispondere il prezzo concordato per la compravendita di azioni non grava sulla società fiduciaria che era formalmente intervenuta alla stipula del contratto, ma sul fiduciante in quanto effettivo proprietario e diretto interessato all'affare (Corte di Appello di Bologna, sentenza 17 aprile 2002)²⁷.

Tra tutte queste pronunce merita speciale rilievo quella da ultimo citata, per avere accolto una prospettiva di analisi “in fatto”, tesa a valorizzare il ruolo di “*effettivo contraente*”, prima ancora che di “*effettivo proprietario*”, assunto dal cliente-fiduciante nella fase delle trattative contrattuali.

I Giudici hanno, invero, ritenuto decisiva la circostanza che la formazione e l'incontro delle volontà contrattuali, nella realtà dei fatti, fossero direttamente intercorsi tra il terzo venditore ed il fiduciante, mentre la società fiduciaria si era limitata ad intervenire nella sola fase finale di formalizzazione di detta volontà, per rendersi intestataria di un contratto il cui contenuto era già stato integralmente definito da altri, ovvero dai reali interessati all'affare: “*L'Unione Fiduciaria non partecipò alle trattative per l'acquisto delle azioni, trattative che dunque avvennero tra la Latini Renata e il*

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ La sentenza è pubblicata in *Le Società*, 2004, n. 4, pag. 477 e ss., con commento di Gerardo SPALTRO.

²⁷ La sentenza è pubblicata in *Le Società*, 2002, n. 10, pag. 1253 e ss., con commento di Federico DI MAIO.

fiduciante. Come risulta dalla missiva 30 maggio 1978 dell'Unione Fiduciaria, il regolamento finanziario dell'operazione dell'acquisto di azioni Intercontinentale non fu curato dalla Unione fiduciaria. Ora sarebbe davvero singolare che tale società abbia acquistato in nome proprio ma per conto altrui azioni senza aver partecipato alle trattative per l'acquisto e senza che il fiduciante le anticipasse i soldi per tale acquisto. In altri termini, il senso economico dell'operazione fu questo: il fiduciante era il reale gestore dell'affare, fu lui a fissare i termini dell'acquisto delle azioni e il relativo regolamento finanziario; la fiduciaria comparve all'ultimo atto come cessionario (...) Pertanto, alla stregua delle considerazioni svolte, in nessun momento della vicenda giuridica può dirsi che l'Unione Fiduciaria sia stata controparte di una vendita di azioni. Occorre allora concludere che la legittimazione passiva non compete all'Unione fiduciaria, bensì al fiduciante".

Questo particolare atteggiarsi dei rapporti concreti tra le parti non ha nulla a che vedere con quella generica "*conoscenza del mandato*" che a norma dell'art. 1705 c.c. non vale ad escludere che gli effetti dell'azione gestoria si producano in capo al mandatario e che sovente è stata citata per negare la legittimazione del fiduciante. Una cosa, in effetti, è contrattare con la società Alfa, ancorchè sapendo che essa agisce su mandato di Caio; tutt'altra cosa è contrattare in via diretta ed esclusiva con Caio, con l'intesa che la posizione contrattuale verrà intestata alla società Alfa quale soggetto che istituzionalmente svolge attività di amministrazione fiduciaria di beni altrui.

5. La posizione di CONSOB su approvazione ed esatta ricostruzione del fenomeno

Nell'ambito dei contratti di negoziazione di strumenti finanziari, il riconoscimento del cliente-fiduciante quale "*fruitore effettivo*" dei servizi di intermediazione finanziaria ha trovato puntuale sanzione nelle comunicazioni CONSOB n. DI/98086703 del 4 novembre 1998 e n. DIN/6022348 del 10 marzo 2006²⁸.

L'Autorità di vigilanza era stata richiesta di pronunciarsi circa la possibilità per le società fiduciarie di pura amministrazione, autorizzate ad

²⁸ Tutte le comunicazioni Consob sono consultabili sul sito internet www.consob.it alla sezione Regolamentazione/Normativa, massime e orientamenti Consob. Oltre a quelle citate, si vedano anche la comunicazione Consob n. DIN/8036154 del 18 aprile 2008 e la comunicazione Consob n. DIN/2023857 dell'11 aprile 2002.

operare a norma della Legge n. 1966/1939, di rendersi intestatarie, rispettivamente, di contratti di investimento e di contratti di negoziazione e raccolta ordini per conto dei propri fiducianti.

La questione è stata affrontata da una duplice prospettiva di analisi – il carattere riservato dei servizi di investimento e la necessaria personalizzazione del rapporto intermediario/investitore – ed in entrambi i casi ha condotto la CONSOB ad affermare che in tanto l'interposizione delle società fiduciarie è consentita, in quanto resti sempre e comunque preservata la diretta riferibilità al cliente-fiduciante della volontà contrattuale e delle connesse tutele.

1) Dal primo punto di vista, si osserva che la prestazione dei servizi di investimento, ivi compresa la ricezione e trasmissione di ordini, è riservata per legge alle SIM e alle Banche a ciò appositamente autorizzate. Per contro, le società fiduciarie possono esercitare esclusivamente l'attività di amministrazione statica disciplinata dalla Legge n. 1966/1939, restando ad esse precluso ogni sconfinamento nell'ambito della intermediazione finanziaria, secondo la chiara distinzione dei rispettivi ambiti di operatività tracciata dal c.d. Decreto Eurosim e successivamente ribadita dal T.U.F.

L'intestazione fiduciaria dei contratti di investimento potrebbe prestarsi a facile strumento di elusione del regime di riserva così delineato dal legislatore, nel caso in cui la società fiduciaria non si limitasse a svolgere attività di pura amministrazione, ma offrisse al cliente, in qualunque forma e in qualunque modo, indicazioni e consigli sulle scelte di investimento.

Per evitare illeciti sconfinamenti di campo, è pertanto necessario che *“nella determinazione della volontà del mandante non assuma rilievo alcun apporto professionale da parte della fiduciaria”* e che *“il contenuto dei contratti in parola sia (dovrà essere) interamente, puntualmente ed autonomamente predeterminato dal fiduciante con esclusione in capo alla fiduciaria di qualsivoglia autonomo potere di scelta circa l'intermediario mobiliare cui rivolgersi, i tempi, e la controparte, i valori mobiliari, la durata dell'operazione, il tasso di interesse da applicare, nonché in generale, ogni e qualsiasi ulteriore elemento del regolamento negoziale”*.

Più precisamente, in ipotesi di intestazione fiduciaria di contratti di negoziazione e raccolta ordini, *“il cliente/fiduciante dovrà quindi individuare interamente, puntualmente ed autonomamente ogni singolo ordine, che la fiduciaria statica si limiterà a materialmente far pervenire all'intermediario, con esclusione in capo alla fiduciaria di qualsivoglia autonomo potere di scelta”*.

2) In apertura della presente analisi abbiamo chiarito come il rapporto tra l'intermediario finanziario e l'investitore presenti un carattere necessariamente personalizzato, risultando fondato sull'obbligo di acquisire una conoscenza sostanziale ed in concreto delle caratteristiche del singolo cliente, della sua situazione finanziaria, della sua esperienza in materia e dei suoi obiettivi di investimento; conoscenza che a sua volta rappresenta condizione imprescindibile per la esatta graduazione ed esecuzione degli obblighi di condotta imposti alle Banche nella prestazione dei servizi di investimento, a partire da quello di adeguata informazione.

Alla luce di tale peculiare connotazione, la condizione tassativa affinché le società fiduciarie c.d. statiche possano rendersi intestatarie di contratti di investimento è che resti sempre garantito in capo al cliente-fiduciante, cioè in capo al soggetto cui compete in via esclusiva la assunzione delle scelte di investimento, *“il permanere della personalizzazione del rapporto con l'investitore”*.

A tal fine la CONSOB impone l'osservanza di speciali cautele, pensate con riferimento alla disciplina *pre-MiFID*, ma tranquillamente riferibili anche alla disciplina *post-MiFID*, che non solo non ha abrogato, ma ha semmai rafforzato la prospettiva di una tutela personalizzata, ritagliata sulla persona del singolo investitore.

Nella fase di scambio delle informazioni preliminari, *“il cliente/fiduciante deve essere reso identificabile in modo univoco attraverso l'attribuzione di un codice convenzionale”* e *“l'intermediario deve ricevere dalla fiduciaria tutte le informazioni sul cliente previste dall'art. 28, comma 1, lett. a), del reg. Consob n. 11522 (con l'eccezione dei soli nome e cognome)”*.

A propria volta, sulla scorta dei dati così acquisiti, l'intermediario *“deve fornire al cliente, per il tramite della fiduciaria, informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte d'investimento o disinvestimento”*.

In particolare, la segnalazione dell'eventuale *“inadeguatezza”* dell'operazione (segnalazione cui nella disciplina attualmente vigente si affianca, in via alternativa, quella della *“non appropriatezza”*) e dell'eventuale esistenza di una situazione di conflitto di interessi deve essere indirizzata al cliente-fiduciante, cui compete la decisione discrezionale di confermare l'ordine nonostante la segnalazione di inadeguatezza o di conflitto (si ricorda, però, che la disciplina attualmente vigente vieta comunque l'operazione inadeguata, a nulla rilevando l'autorizzazione prestata dal cliente). Più esattamente, *“è necessario che l'intermediario consegni alla fiduciaria attestazione dell'avvenuta consegna all'investitore del modulo contenente il*

warning di inadeguatezza o la segnalazione dell'esistenza dell'interesse in conflitto, e che proceda all'esecuzione dell'operazione solo dopo la ricezione di una dichiarazione, rilasciata dalla società fiduciaria sotto la propria responsabilità, dell'avvenuto conferimento da parte del fiduciante, nelle forme previste dal Regolamento Consob n. 11522/98, dell'autorizzazione al compimento dell'operazione".

Le caratteristiche personali del singolo investitore, in particolare la sua specifica esperienza professionale, assumono un rilievo fondamentale in una fase ancora precedente del rapporto e precisamente all'atto del suo inquadramento preliminare come "cliente al dettaglio" ovvero come "operatore qualificato", classificazione decisiva per il concreto operare delle regole di tutela, la cui piena applicazione è prevista solo con riferimento alla prima categoria.

Anche sotto questo profilo la CONSOB ha inteso precisare che la classificazione deve essere riferita alla persona del fiduciante, non potendo *"trovare applicazione il regime previsto dall'art. 31 del Regolamento Consob n. 11522/1998 in relazione ai cc.dd. operatori qualificati"*. Del resto, se così non fosse, ne risulterebbe di fatto abrogata l'intera disciplina di protezione delineata dal T.U.F. e dal Regolamento Intermediari, dal momento che le società fiduciarie rientrano di diritto nella categoria degli operatori qualificati e i loro clienti, quand'anche qualificabili come controparti non professionali, si vedrebbero a priori preclusa la possibilità di fruire delle tutele volute dal legislatore.

Infine, l'Autorità di vigilanza prescrive che nel corso dell'esecuzione del rapporto sia sempre garantita la possibilità per il cliente di *"rendersi palese nei confronti dell'intermediario e sostituirsi alla fiduciaria"* nell'esercizio dei diritti e delle tutele previste; previsione che vale a superare ogni residuo dubbio sulla piena ed originaria legittimazione del cliente-fiduciante di agire nei confronti dell'intermediario finanziario per fare valere l'eventuale violazione delle norme di condotta dettate dalla disciplina di settore.

6. La soluzione del "caso per caso" accolta dalla corte di appello di Bologna. Considerazioni conclusive.

La qualificazione del fiduciante quale *"parte effettiva"* del rapporto o, per usare le parole della CONSOB, quale *"fruitore effettivo"* del servizio di investimento, è la chiave di lettura che la Corte di Appello di Bolo-

gna²⁹, nel pronunciarsi sulla impugnazione della sentenza del Tribunale di Modena n. 249/2008, ha fatto propria per pervenire a riconoscere la legittimazione attiva dell'attore.

La valorizzazione del profilo sostanziale si accompagna, nel ragionamento della Corte, ad una speculare svalutazione della specificità giuridica delle società fiduciarie, intese come soggetti sempre terzi rispetto al fiduciante, così come si ricava dalla relativa disciplina di settore.

I Giudici riconoscono, in effetti, che *“la società fiduciaria esercita istituzionalmente l'amministrazione di beni non propri (art. 1 L. n. 1966/1939) per cui non può rivestire, anche nei confronti dei terzi, la qualità di proprietaria dei beni amministrati”* e tuttavia valutano tale profilo del tutto inconferente *“per ritenere come vorrebbe l'appellante che il fiduciante sia legittimato ad esercitare, anche nei confronti del terzo contraente, non solo le pretese che traggono origine dalla proprietà dei beni, ma anche quelle che hanno la propria fonte nel contratto stipulato tra la fiduciaria ed il terzo, contratto del quale non è stato parte”*.

A tale risultato si può invece pervenire, ad avviso della Corte, attraverso una *“corretta valutazione (...) dei fatti oggetto di causa che deponevano, tutti in maniera assolutamente univoca, nel senso che le parti effettive del rapporto di negoziazione delle obbligazioni Parmalat di cui si discute furono da un lato, M. e, dall'altro, la Banca per il tramite del proprio dipendente dott. B., mentre la fiduciaria S., nella comune intenzione delle parti, assunse solo il ruolo di mero contraente ‘formale’, essendo l'effettivo scambio di volontà intercorso, appunto, tra il cliente M. e la Banca intermediaria, nonostante la mancata espressa contemplatio domini da parte della società fiduciaria”*. Le circostanze fattuali sono inequivocche: *“Era quest'ultimo (n.d.r.: il cliente-fiduciante) a scegliere il tipo di investimento come da lui provenivano le relative autorizzazioni all'acquisto, ed anche a lui veniva chiesta la sottoscrizione dei documenti informativi sul rischio dell'operazione”*.

Le considerazioni sviluppate a sostegno della legittimazione attiva del fiduciante, che rimanda ad un approccio interpretativo “caso per caso”, sono in sé centralissime e tuttavia la Corte non si avvede che questa particolare configurazione in fatto del rapporto non soltanto non prescinde, ma è anzi diretta conseguenza della peculiare riserva di attività che il legislatore ha inteso assegnare alle società fiduciarie cd. statiche.

²⁹ Sentenza 20 luglio 2012 n. 1034, non ancora pubblicata.

È, allora, necessario ricordare nuovamente che le società autorizzate ad operare a norma della Legge n. 1966/1939 non possono svolgere alcuna attività diversa ed ulteriore da quella di pura amministrazione conservativa di beni altrui, restando loro preclusa l'assunzione di autonome scelte circa l'acquisto, la gestione e l'eventuale disinvestimento dei beni affidati fiduciariamente, rimesse viceversa in via esclusiva alla volontà del fiduciante. Questo limite di operatività assume carattere ancor più stringente laddove l'intestazione fiduciaria abbia ad oggetto strumenti finanziari, perché, come detto, ogni fattiva ingerenza della società fiduciaria si tradurrebbe di fatto nella abusiva prestazione di servizi di investimento.

In altri termini: la società fiduciaria si limita ad assumere in fatto il ruolo di mero contraente formale, perché in diritto le è preclusa ogni partecipazione alla determinazione della volontà contrattuale. E proprio la perfetta coincidenza di profilo sostanziale e profilo giuridico segna il percorso interpretativo da seguire per risolvere positivamente il quesito sulla piena rilevanza anche nei confronti dei terzi contraenti del rapporto interno tra fiduciante e società fiduciaria.

GIULIO VANACORE

LA CONTESTAZIONE DELLA GIURISDIZIONE
DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE
E DELL'ADMISSIBILITY DEL CASE
AD OPERA DELLO STATO NON-PARTE.
UN APPROCCIO INTERPRETATIVO ALTERNATIVO
E RIFLESSIONI DI CARATTERE POLITICO-STRATEGICO

1. Introduzione e parametrizzazione del problema

Una delle molteplici questioni interpretative evocate dalla formulazione dell'art. 19¹ dello Statuto della Corte Penale Internazionale riguarda il rapporto tra la lett. b) e la lett. c) del secondo comma della medesima previsione, nonché il discrimine che occorre tracciare tra le due categorie di soggetti statuali ivi previste. Il combinato disposto delle due norme così recita: “*Challenges to the admissibility of a case on the grounds referred to in article 17 or challenges to the jurisdiction of the Court may be made by:*

(...)

(b) *A State which has jurisdiction over a case, on the ground that it is investigating or prosecuting the case or has investigated or prosecuted; or*

(c) *A State from which acceptance of jurisdiction is required under article 12.”*

Mentre la lett. b) assegna il diritto di *challenging* a tutti quegli Stati che ‘hanno giurisdizione’ sul *case* a patto che stiano investigando sul

¹ Sulla questione più pratica della *challenge* potenziale dell'Uganda avverso l'*admissibility* dei quattro *cases* LRA (che vedono indagati membri del movimento ribelle del Lords Resistance Army), vedi William W. BURKE-WHITE and Scott KAPLAN, *Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda situation*, in 7 *Journal of International Criminal Justice* (2009), pp. 257-279. Gli autori del pari propongono tre diverse interpretazioni circa la natura procedurale dell'*admissibility*, precisamente: “*admissibility as a personal right of the accused*”, “*admissibility as the protection of the rights of States*” ed “*admissibility as a limitation on the power of the ICC*”: vedi *ibid.* pp. 262-268. Sulla questione del *self-referral* ugandese vedi anche Mohamed M. EL ZEIDY, *The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State's Party Referral to the ICC*, in 5 *International Criminal Law Review* (2005), pp. 83-119.

medesimo, o stiano esercitando l'azione penale, o ancora che vi abbiano già proceduto², la successiva lett. c) attribuisce lo stesso *right* agli Stati per i quali l'art. 12³ 'richiede una accettazione della giurisdizione' della Corte. La prevalente dottrina interpreta le parole di cui alla prima delle due norme oggetto del presente studio come estensibili tanto alla 'famiglia' degli Stati Parte dello Statuto quanto a quella degli Stati non-Parte dello Statuto della Corte, purchè si tratti di Stati che dimostrino di possedere un vincolo giurisdizionale col crimine (o coi crimini) oggetto del *case* e provino di non essere rimasti inattivi sotto il profilo investigativo.⁴ La seconda prescrizione volgerebbe lo sguardo, al contrario, esclusivamente alla *species* degli Stati per i quali l'art.

² Le parole nell'art. 19, c. 2, lett. b) ricordano in certa misura quelle utilizzate nell'art. 17, c. 1, lett. a), che prevede l'inammissibilità di un *case* laddove lo stesso *<<is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution>>*. Per quel che concerne l'assenza nell'art. 19, c. 2, lett. b) di ogni riferimento ad uno Stato che abbia già *tried the case* (art. 17, c. 1 lett. c)) nonché al criterio di *gravity* (art. 17, c. 1 lett. d)), vedi Mohamed M. EL ZEIDY, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008), pp. 260-261.

³ Per una dettagliata analisi dell'art. 12 dello Statuto, vedi Hans-Peter KAUL, *Pre-conditions to the exercise of jurisdiction*, in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R. W. D. Jones (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, Oxford, 2002), pp. 583-616; Sharon A. WILLIAMS and W. SCHABAS, *Art. 12*, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article* (Nomos, Baden-Baden, 1999), pp. 547 e ss.

⁴ Cf. Jann K. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Oxford University Press, Oxford, 2008), p. 183: "[a]ll such States may make challenges to the admissibility, whether or not they are parties to the Statute. With this inclusion of non-Party States, the different emphases during the negotiations of those States that sought to preserve the rights of States to investigate and prosecute to the fullest extent possible, on the one hand, and of those that were more concerned about the implications of such an approach for the effective operation of the Court, on the other hand, has been decided in favour of the former". Cf. anche Mohamed M. EL ZEIDY, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008), pp. 257-263, laddove l'autore si concentra su una dettagliata analisi, attenta agli sviluppi della giurisprudenza, dell'art. 19, c. 2, lett. b) e c), vedi specialmente *ibid.* nota n. 91. Vedi anche, per un identico punto di vista, BURKE-WHITE and KAPLAN, *supra* nota 1, p. 265: "A compromise was also reached between the extreme positions of delegations that preferred any state to challenge admissibility and those that wanted challenges limited only to states parties. **Ultimate agreement allowed for any**

12 c. 3 prevede una esplicita dichiarazione di accettazione di giurisdizione della Corte. In virtù dell'art. 12 c. 3: "*If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required under paragraph 2, that State may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception in accordance with Part 9.*" L'accettazione deve dunque essere indirizzata al Registrar e, tramite essa, gli Stati dichiaranti espliciterebbero la volontà di cedere parte della propria sovranità ai giudici sovranazionali, relativamente però soltanto ad una concreta e parametrata *situation*. Quest'ultima categoria di Stati, quella ex art. 12 c. 3, senz'altro comprende solo Stati non-Parte dello Statuto: si tratta di una norma congegnata al fine di consentire l'instaurazione di un dialogo con la Corte e la promozione di *referrals* anche a quei Paesi che non hanno inteso aderire complessivamente al Trattato di Roma istitutivo della Corte Penale Internazionale.⁵

state with jurisdiction to challenge. *Allowing non-party states to challenge admissibility suggests that negotiators were uncomfortable with granting the Court authority that interfered with the rights of non-party states."*

⁵ Nel febbraio 2005, la Costa d'Avorio ha inviato una dichiarazione ex art. 12, c. 3 con riguardo a tutti i crimini che ricadono entro la giurisdizione della ICC commessi sul suo territorio a partire dagli incidenti del 19 settembre 2002 (*Registrar confirms that the Republic of Cote d'Ivoire has accepted the jurisdiction of the Court*, Press Release, 15 febbraio 2005 (ICC-CPI-20050215-91)). Inoltre, nel gennaio 2009, il 'Governo della Palestina', attraverso l'Autorità (Nazionale) Palestinese, ha inoltrato una dichiarazione ex art. 12 c. 3 "*for the purpose of identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Palestine since 1 July 2002*"; vedi OTP, *Visit of Minister of Justice of the Palestinian National Authority, Mr. Ali Khashan, to the ICC*, 22 gennaio 2009. Un facsimile della dichiarazione è disponibile su www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7CFB4B01-0B7E-4590-A8A8-7863E516F0A3/279777/20090122PalestinianDeclaration7.pdf. Tuttavia, vedi OTP, *Situation in Palestine*, Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements, 3 maggio 2010, disponibile su <http://www.icc-cpi-int/NR/rdonlyres/D3C77FA6-9DEE-45B1ACC0-B41706BB41E5/282529/PALESTINEFINAL201010112.pdf>. Sulla stessa questione, per differenti opinioni, vedi Yael RONEN, *ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip: Article 12(3) of the ICC Statute and Non-state Entities*, in 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010) pp. 3- 27; Yuval SHANY, *In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute: A Response to Yael Ronen*, in 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), pp. 329-343; Malcolm N. SHAW QC, *The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law*, in 9 *Journal of International Criminal Justice* (2011), pp. 301-324.

La dominante dottrina⁶ fonda l'interpretazione del combinato disposto della lett. b) e della lett. c) dell'art. 19 c. 2 su due dati essenziali. Il primo è di carattere eminentemente letterale: la prima delle due previsioni fa generico riferimento a 'Stati che hanno giurisdizione' e dunque vi è spazio sufficiente per involgere in essa tanto Stati che hanno ratificato quanto Stati che non hanno ratificato il Trattato.⁷ La lett. c), viceversa, si rivolge agli Stati che 'hanno accettato la giurisdizione della Corte in conformità all'art. 12'⁸: tale accettazione è prescritta al c. 3 del predetto articolo, e viene considerata come 'condizione di procedibilità' richiesta in capo a Stati non-Parte⁹, o meglio come pre-condizione necessaria all'attivazione di uno dei *trigger mechanisms* elencati all'art. 13.¹⁰ Il secondo argomento, forse più pregnante, si fonda sui lavori preparatori alla stipulazione del Trattato di Roma del 1998.¹¹ In quella sede non poche furono le dichiarazioni, informali ed ufficiali, da parte degli Stati che sedette-

⁶ Vedi *supra* nota 4.

⁷ Kleffner esplora la *ratio* sottesa al coinvolgimento di Stati non-Parte nella procedura ex art. 18, ed alle discussioni sul ruolo degli Stati non-Parte che 'sfidano' l'ammissibilità ex art. 19. Vedi KLEFFNER, *supra* nota 4, p. 169, nota n. 28: "*The rationale (...) is difficult to trace (...)*".

⁸ Vedi EL ZEIDY, *supra* nota 4, p. 262.

⁹ Vedi Andreas Th. MÜLLER and Ignaz STEGMILLER, *Self-Referrals on Trial, From Parnace to Patient*, in 8 *Journal of International Criminal Justice* (2010), p. 1278: "(...) from the point of view of a non-State Party, the range of crimes covered by its declaration is narrower than the range available to States Parties with respect to self-referrals. It has been mentioned that Article 12(2) makes the exercise of the jurisdiction of the Court (in state referral and proprio motu situations) dependent upon the crime being committed either on the territory of or by a national of a State Party. **By virtue of a declaration pursuant to Article 12(3), a non-State Party may only substitute for the lack of these requirements.**"

¹⁰ Sui meccanismi che eccitano la giurisdizione della Corte, vedi Héctor OLASO (ed.), *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005).

¹¹ Vedi John T. HOLMES, *The Principle of Complementarity*, in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (Kluwer Law International, The Hague, 1999), pp. 62 e 66-68; BURKE-WHITE and KAPLAN, *supra* nota 1; KLEFFNER *supra* nota 4, pp. 91-92. Le due dichiarazioni seguenti rese durante la Conferenza di Roma illustrano le due tesi sul campo. Il Regno Unito "*strongly supported the reference to a 'State' since, if a State that was not a Party was carrying out an effective prosecution in its own territory, there was no reason for the Court to intervene and also conduct a prosecution*", United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Rome 15 June – 17 July 1998) UN GAOR Volume II – Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, UN Doc A/CONF.183/13(Vol.II) 2002, 215 at 34. Per una replica a questa

ro al tavolo delle trattative, i quali esplicitamente intesero attribuire il diritto di contestare la giurisdizione o l'ammissibilità tanto agli Stati che avrebbero poi aderito al sistema della ICC quanto agli Stati che, pur non avendo ratificato il Trattato, avrebbero dimostrato, innanzi alla Pre-Trial Chamber, nella fase procedimentale di cui all'art. 19, di possedere un *link* giurisdizionale con la fattispecie di reato oggetto dell'indagine internazionale. Le dichiarazioni rese a Roma durante i negoziati contengono, dunque, una sorta di 'interpretazione autentica' dell'art. 19 c. 2 lett. b): quando la norma fa riferimento allo 'Stato che ha giurisdizione' si rivolgerebbe tanto allo Stato Parte quanto allo Stato non-Parte.

Il presente studio intende contestare questa lettura del comma secondo dell'art. 19. Il risultato cui si si vuole pervenire è quello di una interpretazione maggiormente fedele al dato letterale, sistematico, razionale, e probabilmente anche teleologico del combinato disposto delle due prescrizioni. In particolare più coerente con alcuni dati di ordine giuridico e logico sarebbe la collocazione esclusiva della 'famiglia' degli Stati Parte *sub* lett. b) e una rilettura della susseguente lett. c). Quest'ultima involgerebbe soltanto due determinate *species* del *genus* 'Stati non-Parte': lo Stato non-Parte sul cui territorio si è consumata la fattispecie di reato su cui indaga il Prosecutor, e lo Stato non-Parte di 'personalità attiva', vale a dire di nazionalità dei presunti autori del crimine. In altri termini si intende proporre una interpretazione restrittiva dell'art. 19 c. 2 lett. b), in virtù della quale il diritto processuale di contestare la giurisdizione della Corte o l'ammissibilità del *case* dinanzi alla Pre-Trial Chamber, secondo i crismi previsti dallo stesso art. 19, non può essere esteso a qualsiasi Stato. Non può, secondo questa alternativa ricostruzione, qualsivoglia soggetto statuale 'sfidare' la Camera giudicante, sulla scorta della mera dimostrazione di un legame giurisdizionale col crimine su cui si indaga: tale legame potrebbe, a condurre fino in fondo l'interpretazione tradizionale, anche essere davvero blando (si pensi al criterio della 'giurisdizione universale' sui crimini internazionali¹²) e consentire la perpetrazione di

posizione *vedi* i paragrafi successivi di questo capitolo. Tuttavia, i *travaux préparatoires* non sono così 'monolitici' come la prevalente dottrina vorrebbe far intendere. Ad esempio, l'Italia dichiarò di essere "*reluctant to allow States not parties, which did not share the burden of obligations under the Statute, to share the privilege of challenging the jurisdiction of the Court*", *ibid.* 220, 27.

¹² Non esiste un'interpretazione univoca ed un significato solo da attribuire al concetto di 'giurisdizione universale'. Il termine può generalmente essere definito come "*criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the cri-*

abusi e di condotte procedurali di ‘mala fede’.¹³ Non può escludersi che Stati non-Parte, dunque Stati che sin dall’inizio non hanno inteso sottoporsi al crogiuolo di doveri previsti dallo Statuto e che non hanno voluto aderire al primo vero tentativo di fondare una giustizia penale internazionale, riescano, attraverso lo strumento della prova del *link* giurisdizionale col *case* del Procuratore, a sottrarre alla Corte la giurisdizione sui crimini per i quali essa stava procedendo. In altre parole, da un lato, l’attribuzione di un diritto, come quello relativo alle *challenges ex art. 19*, in capo allo Stato Parte viene controbilanciato da una serie di obblighi di cooperazione che, seppure non escludendole, consentono di ridurre le ipotesi di comportamenti artatamente maliziosi e volti a frustrare l’opera della Corte. Dall’altro l’attribuzione del medesimo diritto, senza i rela-

me was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim or any other connection to the state exercising such jurisdiction”: Principle 1 of the Princeton Project on Universal Jurisdiction (2001), disponibile su http://www.law.depaul.edu/centers_institutes/ihlri/downloads/Princeton%20principles.pdf. È tra l’altro controverso se il concetto ricomprenda la possibilità di processare *in absentia*. La giurisdizione universale, così come discende dai trattati, prevede il principio *aut dedere aut iudicare* e sembrerebbe così richiedere la necessaria presenza dell’accusato. Vedi Marc HENZELIN (ed.), *Le Principe de l’Universalité en Droit Pénal International, Droit et Obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité* (Helbin & Lichtenhahn, Munich, Genva, Brussels, Oxford, 2003); Roger O’KEEFE, *Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept*, in 2 *Journal of International Criminal Justice* (2004), pp. 735-760. Per una discussione circa i differenti approcci nazionali, vedi David VANDERMEERSCH, *La compétence universelle*, in Antonio Cassese and Mireille Delmas-Marty (eds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux* (Presses Universitaires de France, Paris, 2002), pp. 589-611; Amnesty International, ‘Universal Jurisdiction – The Duty to Enact and Implement Legislation’, Al Index IOR 53/002-018/2001, September 2001. Sulla giurisdizione universale *in absentia*, vedi Mohammad M. EL ZEIDY, *Universal Jurisdiction in Absentia: Is it a Legal Valid Option for Suppressing International Crimes?*, 37 *The International Lawyer* (2003), pp. 835-861; Ryan RABINOVITCH, ‘Universal Jurisdiction in Absentia’ 28 *Fordham International Law Journal* (2005) pp. 500-530. Per quel che concerne la controversa giurisprudenza, cf. Separate Opinion of President Guillaume, Declaration de M. Ranjeva, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Koojmans and Buergenthal (19-65), Opinion Individuelle del M. Rezek, Dissenting Opinion of Judge van den Wyngaert (44-67), tutte relative alla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002.

¹³ Vedi il ragionamento di Kleffner in questo senso ma con riguardo all’art. 18, *supra* nota 4, pp. 179-180. Le riflessioni dell’autore, sebbene prendano anche in considerazione il potenziale di ‘ritardo’ nei procedimenti e/o di abuso ad opera degli Stati Parte, si estendono, *Nutatis mutandis* e probabilmente *a fortiori*, all’art. 19 c. 2 lett. b) quando la *challenge* è formulata da uno Stato non-Parte.

tivi obblighi, allo Stato non-Parte è in potenza molto più pericolosa e gravida di conseguenze nefaste. Occorre essere molto accorti quando si consente, in virtù di una disposizione statutaria di per sé sibillina e suscettibile di più interpretazioni, allo Stato non-Parte di 'avvicinarsi' allo Stato Parte e di esercitare in sede processuale i medesimi diritti senza essere soggiogato dai medesimi obblighi. Si rischia, per di più, operando un tale 'avvicinamento', di aumentare le tendenze centrifughe dal sistema della Corte. Lo Stato che non ha ancora ratificato il Trattato non viene incoraggiato alla definitiva adesione finquando sa di poter contare su una serie di norme, non ultima quella di cui all'art. 19, che gli consentano di 'sfidare' la giurisdizione della Corte senza correlativi rischi e senza strumenti di recupero dell'indagine nazionale assegnati al Procuratore. Per converso, lo Stato Parte soffre di una condizione di estensione dei propri diritti e facoltà procedurali a favore dello Stato non-Parte, diritti che dovrebbero rimanere a suo appannaggio esclusivo, e viene costretto a osservare obblighi che in teoria servirebbero a controbilanciare i predetti diritti ma che in realtà si atteggiano a onere ulteriore di cui lo Stato terzo non è gravato. Lo Stato Parte potrebbe facilmente liberarsi di questi obblighi mediante la fuoriuscita dallo Statuto, e se ciò avvenisse potrebbe significare la fine dell'esperimento così coraggiosamente avviato nel 1998.

2. Tesi proposta. Argomenti

La tesi che si intende qui sostenere è dunque quella della collocazione unicamente di Stati Parte *sub* lett. b) dell'art. 19 c. 2. Questa tesi si fonda anzitutto su un argomento di ordine logico-razionale, in grado di costituire sia elemento di *pars destruens* della ricostruzione maggioritaria, che vuole l'attribuzione del medesimo diritto di *challenge ex art. 19* tanto allo Stato Parte quanto allo Stato non-Parte, sia fattore a sostegno della *pars construens* della tesi in discorso. Secondo la tesi sostenuta dalla prevalente dottrina internazionalpenalistica il rapporto tra le due previsioni che qui si considerano è un rapporto di continenza. Se infatti *sub* lett. b) vengono posti Stati Parte e Stati non-Parte, mentre *sub* lett. c) soltanto Stati non-Parte (per i quali è prevista l'accettazione *ad hoc* della giurisdizione della Corte), ciò vale a significare che la seconda prescrizione rappresenta un sottoinsieme della prima. Non si tratta dunque di una relazione di specialità, in quanto nessuna delle due categorie diseguate nelle relative previsioni presenta elementi di ag-

giunta né di specificazione rispetto all'altra, bensì di mera continenza: l'una norma è ricompresa nell'altra. In altri termini, la lett. c) non disegna altro se non una categoria di Stati (quelli non-Parte *ex art. 12 c. 3*), secondo la tesi che si intende sconfessare, inferiore e tutta ben recintabile entro il parametro della lett. b), laddove troverebbero accoglienza tutti gli Stati Parte e tutti gli Stati non-Parte 'che hanno giurisdizione'¹⁴. Un'altra riflessione a questo proposito risulta evidente: gli Stati non-Parte che devono *ad hoc* accettare la giurisdizione della Corte, per spogliarsi utilmente della propria sovranità sopra una determinata *situation* e conferire alla Corte il compito di investigare sulla medesima, hanno sicuramente potere giurisdizionale sulle fattispecie oggetto del rinvio. L'art. 12 richiama, infatti, al c. 3 i medesimi *links* di giurisdizione previsti al c. 2: si tratta del vincolo di 'territorialità' o di 'personalità attiva' con il reato. L'art. 12 c. 2 così recita: "*In the case of article 13, paragraph (a) or (c), the Court may exercise its jurisdiction if one or more of the following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court in accordance with paragraph 3:*

¹⁴ Per una discussione sulla natura 'nazionale' o 'internazionale' del termine *jurisdiction* utilizzato sia nell'art. 19 c. 2 lett. b) che nell'art. 18 c. (<< (...) *States which, taking into account the information available, would normally exercise jurisdiction* (...) >>) che nell'art. 17 c. 1 (<< (...) *a State which has jurisdiction over a case* (...) >>), vedi KLEFFNER *supra* nota 4, pp. 110-113. L'autore supporta una connotazione *nazionale*: "(...) *an important starting point is to consider the assumption on which complementarity is based, namely that States have the possibility to exercise jurisdiction and have taken at least initial investigative steps. (...) Decisive for the ambit of permissible action of national investigative or prosecutorial authorities is that jurisdiction be available under national law. Without such jurisdiction, these authorities cannot proceed and no concurrence of jurisdiction can arise. (...) when referring to 'jurisdiction', Article 17 (1) of the Statute refers to the jurisdiction that a State has actually established, and thus to a jurisdiction in its national connotation*". Lo stesso autore più avanti, almeno parzialmente, ritorna sui suoi passi: "(...) *the legitimacy of national proceedings will be preserved only if the ICC defers cases to States, which have the legal right, under international law, to exercise jurisdiction. In order to do so, the term 'jurisdiction' thus needs to be understood to refer to jurisdiction in its international connotation. (...) the application of the phrase 'a State which has jurisdiction over a case' would thereby also bear the potential to incidentally and gradually clarify the boundaries of permissibility under international law* (...). It follows from the foregoing discussion that the phrase 'a State which has jurisdiction over a case' refers to **States which have established domestic jurisdiction in conformity with international law**". Ibid p. 113. Vedi, sull'art. 19 c. 2 lett. b), anche HOLMES, *supra* nota 11, p. 67: "(...) *addition that a State must have jurisdiction in the case reflects intentions of drafters of the Statute to prevent a State from challenging admissibility when in fact investigation or prosecution was sure to fail because the State lacked jurisdiction as far as its own courts are concerned*".

- (a) *The State on the territory of which the conduct in question occurred or, if the crime was committed on board a vessel or aircraft, the State of registration of that vessel or aircraft;*
(b) *The State of which the person accused of the crime is a national.*”

Il principio su cui si fonda la giurisdizione della Corte, enucleato proprio all'art. 12 c. 2, è che essa in tanto può occuparsi di una *situation* in quanto i crimini internazionali che appaiono esser stati commessi si siano verificati sul territorio di uno Stato che abbia ratificato il Trattato, e dunque sia Parte dello Statuto, oppure siano stati perpetrati da soggetti/persone fisiche, indagati come presunti autori, che posseggano la nazionalità di uno Stato Parte. Queste sono le cd. 'precondizioni all'esercizio della giurisdizione' alternativamente, e non cumulativamente, indispensabili perché si attivi uno dei tre *trigger mechanisms* elencati nel successivo art. 13, necessarie cioè perché si inneschi il procedimento penale internazionale innanzi alla ICC, prima con una *investigation* sopra una data *situation*, poi con la formulazione di un *case* da parte del Procuratore.¹⁵ Orbene, le due precondizioni sopra citate rappresentano evidentemente anche altrettanti criteri su cui può fondarsi l'esercizio di una giurisdizione penale domestica: il *link* della territorialità e quello della nazionalità del presunto autore sono espressamente accolti dallo Statuto come i pilastri giuridici su cui si fonda la legittima pretesa di giustizia, i 'nodi gordiani' che allacciano una fattispecie di reato al Paese chiamato ad esercitare il potere punitivo.¹⁶ Questi fondamenti di giurisdizione vengono *expressis*

¹⁵ Vedi H. OLASOLO, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor*, in 5 *International Criminal Law Review* (2005), pp. 121-146.

¹⁶ Cf. Permanent Court of International Justice: *S. S. Lotus*, Judgement No. 9, 1927, Series A, No. 10, 1 p. 20: “**Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental**, it is equally true that all or nearly all these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State.” Muller and Stegmiller, *supra* nota 9, p. 1273, si riferiscono alla medesima pronuncia, sebbene nel contesto di una chiarificazione concettuale dei *self-referrals* nella procedura dinanzi alla Corte, per dimostrare che il principio di territorialità non è l'unica base per l'esercizio della giurisdizione penale: “**In particular, the so-called active personality or nationality principle – which gives jurisdiction over a crime to the state of the perpetrator's nationality – is generally accepted as well.**” Vedi al riguardo anche Antonio CASSESE (ed.), *International Criminal Law* (II ed., Oxford University Press, Oxford, 2008), p. 337; Gerhard WERLE (ed.), *Principles of International Criminal Law* (II ed., TMC Asser Press, The Hague, 2009), p. 44, nota n. 122 per ulteriori riferimenti.

verbis richiamati dal comma terzo dell'art. 12, laddove prevede che soltanto lo Stato non-Parte che presenta il vincolo della 'territorialità' o della 'nazionalità attiva' può decidere, anche *una tantum*, di rivolgersi alla Corte e riferirle una *situation* perché se ne occupi.¹⁷ Se la lett. c) dell'art. 19 c. 2 fa riferimento all'art. 12 c. 3, ne deriva che gli Stati non-Parte dalla norma presi in considerazione sono comunque Stati collegati al crimine dai 'nodi' di cui all'art. 12 c. 2. Dunque trattasi senz'altro di Stati che 'hanno giurisdizione', senza necessità di un approfondimento compiuto *case by case* dalla Corte. Il punto di arrivo del ragionamento sin qui compiuto ci conduce ad un'unica conclusione: la ridondanza della lett. c) rispetto alla lett. b). Se quest'ultima previsione volge lo sguardo a tutti gli Stati che hanno giurisdizione, e se la prima fa invece riferimento agli Stati non-Parte *ex art.* 12 c. 3, cioè allo Stato non-Parte territoriale o di nazionalità dei presunti autori, allora si può ritenere la inutilità letterale della prescrizione che estende il diritto di contestazione anche a 'Stati per i quali sia prescritta una accettazione *ad hoc*' della giurisdizione della Corte.

Questa conclusione, cui perviene necessariamente la tesi che si vuole contestare, se portata razionalmente ai suoi naturali approdi, non può ovviamente essere accolta, non foss'altro che per l'elementare principio giuridico della conservazione degli atti normativi, senz'altro applicabile anche alle singole disposizioni dello Statuto della Corte Penale Internazionale. Il giurista, interprete della norma e operatore del diritto, deve andare alla ricerca di una soluzione alternativa, o meglio di una ricostruzione diversa del rapporto tra le due ultime lettere dell'art. 19 c. 2. In altri termini, bisogna rintracciare un discrimine, una linea ben precisa di confine tra le due categorie di Stati segnalate all'interno delle due prescrizioni, senza che l'una interferisca indebitamente con l'altra, pena l'irragionevolezza e l'illogicità di una duplice catalogazione nel corpo dell'articolo sulle *challenges*.¹⁸ In parole ancora diverse, se si continua a ripor

¹⁷ Vedi al proposito MULLER and STEGMILLER, *supra* nota 9, p. 1278: "Therefore, only non-States Parties having jurisdiction over crimes on the basis of either the territoriality or the active personality principle can make such a declaration, without the possibility of relying on other bases of national criminal jurisdiction." Vedi anche *ibid.*, nota n. 47: "For instance, they cannot rely on the passive personality principle or the universality principle (...)"

¹⁸ Si potrebbe ovviamente anche considerare un'ipotesi alternativa: e cioè che le due norme siano state redatte in maniera non corretta e confusa da parte degli stessi *drafters*. In questo caso, tuttavia, emendare lo Statuto risulterebbe una necessità impellente ed una scelta obbligata.

fede nella tesi tradizionale più volte richiamata non si può tralasciare una serie di forzati quesiti: perché lo Statuto precisa la legittimità alla *challenge* da parte di uno Stato ex art. 12 c. 3, una volta che già la lett. b), come comunemente letta ed intesa, consente, all'interno del 'macro-insieme' degli *States which have jurisdiction*, a qualsiasi Stato, compresi quelli che non hanno ratificato il Trattato di Roma, di 'contestare la giurisdizione della Corte o l'ammissibilità di un *case*'? Non poteva, da parte dei *drafters*, ritenersi già sufficiente la dizione di cui alla lett. b), senza coinvolgere pure la peculiare categoria (comunque rientrante in quella più ampia degli *States not-Parties*, per i più già efficacemente collocata proprio alla lett. b)) degli Stati che accettano la giurisdizione ex art. 12? Qual è la *ratio* dell'inserimento di una terza sub-categoria di *challenging parties* all'art. 19 c. 2?

Proviamo inizialmente a continuare sulla linea tracciata dalla tesi maggioritaria, che in realtà intendiamo sconfessare. Proviamo, in altri termini, a considerare che davvero la categoria di Stati descritti *sub* lett. c) abbia qualcosa di diverso o comunque di 'specificativo' rispetto alla categoria segnalata alla lettera precedente. Ed a questo punto, allora, occorre chiedersi: quale caratteristica ultronea posseggono gli Stati che riferiscono una *situation* alla Corte e sottoscrivono una accettazione *ad hoc*, non avendo a monte dimostrato di condividere l'approvazione a livello internazionale di un Trattato che istituisce una giurisdizione permanente, complementare ed a vocazione universale, rispetto ad altri Stati, ugualmente non-Parte, che intendano procedere ad una *challenge*, senza rivestire al contempo gli 'abiti' di un *referring State* ex art. 12 c. 3?

3. Quale Stato si nasconde dietro la cortina della lett. c)?

La ridondanza della lett. c) emerge, in realtà, comunque si voglia 'etichettare' un *referring State* ex art. 12 c. 3. Operando una sorta di *fiction iuris*, esso può essere considerato come uno Stato Parte *ad hoc*, uno Stato cioè che accetta provvisoriamente lo Statuto, limitatamente ad una *situation* in ordine alla quale viene sollecitata l'attenzione della Corte. Seguendo tale *fiction*, lo Stato sarebbe da ricomprendersi senza tema di smentita nella lett. b). Può, al contrario, tralasciarsi ogni *fiction* giuridica, e porre lo Stato al di fuori della categoria degli Stati aderenti al Trattato di Roma, non reputando al riguardo sufficiente l'accettazione della giurisdizione. Pure seguendo questa diversa via di catalogazione, se si aderisce alla interpretazione in virtù della quale nella lett. b) rientrerebbero pure gli Sta-

ti non-Parte, risulta del pari superflua l'indicazione ulteriore di una classe apparentemente nuova e diversa come quella di cui alla lett. c).

Per la verità, occorre tenere in considerazione una peculiare tesi in ordine al corretto modo di decifrare le parole contenute nella lett. c). Quest'ultima non guarderebbe allo Stato che ha accettato *ad hoc* la giurisdizione, secondo quanto prescritto dall'art. 12 c. 3.¹⁹ Sarebbe bensì individuato semplicemente lo Stato non-Parte sul cui territorio è stato consumato il crimine²⁰ o i cui presunti responsabili sono nazionali, senza ulteriore precisazione. Il richiamo sarebbe cioè soltanto al c. 2 lett. a) e b) dell'art. 12, non anche al c. 3.²¹ *A State from which the acceptance of jurisdiction is required* non è infatti necessariamente lo Stato che ha reso *ab origine* possibile l'apertura dell'indagine inoltrando la dichiarazione mediante la quale certifica la volontà di innescare la giurisdizione della Corte. Ben può la norma riferirsi a quella particolare famiglia di Stati non-Parte che serbano i più forti vincoli con i crimini oggetto dell'esercizio dell'azione penale della Corte (più precisamente quelli scolpiti al secondo comma della norma sulle pre-condizioni), in disparte il *trigger me-*

¹⁹ L'opinione tradizionale secondo la quale soltanto Stati che hanno accettato la giurisdizione della Corte *ex art. 12 c. 3*, senza divenire Parte dello Statuto, ricadrebbero nell'ambito della lett. c), sembra supportata, tra gli altri, da EL ZEIDY, *vedi supra* nota 4, p. 262. Lo stesso autore si occupa, tra le altre cose, di un problema particolare, affermando che: “[i]n reading Article 19(2)(c) in conjunction with Article 12, one could conclude that a State that is not a party to the Statute but whose national is suspected of a crime cannot challenge jurisdiction or admissibility until the suspect is defined as an “accused” within the meaning of Article 12(2)(b)”, *ibid.*

²⁰ Inoltre, sussiste una differenza tra i concetti della *subjective territoriality* e della *objective territoriality*. La prima pretende che un elemento del reato intervenga all'interno dello Stato che rivendica la giurisdizione, mentre la seconda si applica quando l'effetto o il risultato della condotta criminale abbia un qualsivoglia impatto sul *challenging State*, ma gli altri elementi del reato insistono integralmente al di fuori dei confini territoriali. Vedi Christopher L. BLAKESLEY, *Extraterritorial Jurisdiction*, in M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law: Procedural and Enforcement Mechanism*, II ed. (Ardsley: Transnational Publishers, 1999), p. 33. Per una approfondita discussione sul fondamento di giurisdizione, *vedi ibid.*, pp. 33-70.

²¹ Kleffner sembra supportare questa tesi, sebbene in modo piuttosto ellittico. Infatti, egli afferma “[b]esides States which are investigating or prosecuting the case or have already done so, a second group of States are those ‘from which acceptance of jurisdiction is required under Article 12’ i.e. **the territorial State and State of active nationality**”. L'autore sembra guardare agli Stati per i quali l'art. 12 ‘richiederebbe’ l'accettazione della giurisdizione, qualora essi ‘desiderassero’ l'intervento giurisdizionale della Corte sopra una data *situation*, e cioè lo Stato territoriale o di personalità attiva. Vedi KLEFFNER, *supra* nota 4, p. 183.

chanism che ha consentito tale esercizio. La norma ha ad oggetto Stati che non hanno in alcun modo inteso accettare preliminarmente, e quindi riferire, la situazione alla Corte, bensì Stati terzi che sono intervenuti soltanto nella fase procedimentale delle *challenges*, al fine di contestare, rivendicando come propria, la giurisdizione sul *case*.

Questa lettura della lett. c), particolarmente attenta e convincente, non risolve la discrasia cui abbiamo fatto cenno precedentemente. Se davvero le parole della prescrizione in esame devono intendersi come riferite al solo art. 12 c. 2, e dunque prendono in esame non l'ipotesi di un *referring non-Party State* ex art. 12 c. 3, bensì quella di uno Stato comunque terzo ma con vincoli giurisdizionali col crimine particolarmente forti, e più precisamente quelli di 'territorialità' o di 'nazionalità attiva', la lett. c) dell'art. 19 c. 2 continua a sembrare ridondante rispetto alla lett. b).

Anche isolando il c. 2 dal c. 3 dell'art. 12, infatti, e ammettendo che la lett. c) dell'art. 19 richiami soltanto il primo e non anche il secondo, ugualmente ci pare corretto concludere che pure quegli Stati-non Parte legati al crimine dai *links* di 'territorialità' o 'nazionalità attiva' risultano suscettibili di essere ricompresi nella lett. b). Nemmeno questa, pure a nostro avviso corretta, analisi interpretativa, se legata all'assunto che non solo gli Stati Parte possono invocare *challenges*, risparmia l'inutilità apparente di una lett. c) in cui nulla di nuovo sembra prospettarsi rispetto a quanto già indicato alla lett. b).

4. Come riconciliare le categorie di cui alle lett. b) e c)? Come risolvere l'apparente ridondanza della lett. c)? Una prima tesi ricostruttiva. Critiche

A ben vedere, allora, due sono le possibili interpretazioni che eliderebbero l'apparente ridondanza della norma che chiude l'elenco di soggetti che possono accedere ad una *challenge*. L'una consentirebbe di salvaguardare la tesi maggioritaria che accoglie nel seno della lett. b) ogni Stato, compresi quelli non-Parte: trattasi però di una tesi che conduce a risultati probabilmente assurdi. L'altra, al contrario, è quella quivi proposta: maggiormente innovativa e forse 'destabilizzante' per la teoria tradizionale, ripudia la posizione tradizionale e perviene ad una rilettura più attenta del combinato disposto delle due lettere oggetto della presente analisi.

La prima interpretazione guarda al 'minimo comune denominatore' fra le due norme, per poi approdare alla identificazione dell'elemento dif-

ferenziale che giustifichi la presenza di due distinte categorie di *challenging parties*. Il 'minimo comune denominatore' è costituito da una qualche connessione giurisdizionale con il crimine oggetto del *case* che per entrambe le famiglie di Stati deve sussistere. La prova della titolarità di giurisdizione è condizione necessaria per la contestazione *ex art.* 19, sia che si tratti di Stati Parte sia che si tratti di Stati non-Parte. Con riferimento alla lett. c), sia che si interpreti il rinvio all'art. 12 come operante nel senso dell'art. 12 c. 3, sia che lo si intenda come mirante a comprendere il solo art. 12 c. 2, la norma pretende sempre che lo Stato eccepente sia quello nel cui ambito territoriale si è consumata la fattispecie di reato o i cui nazionali abbiano perpetrato il delitto. L'elemento differenziale consisterebbe invece, secondo questa prima tesi, nell'assenza alla lett. c) del predicato *on the ground that it is investigating or prosecuting the case or has investigated or prosecuted*. Sussisterebbe una relazione di differenza per specificazione fra le due previsioni. Mentre gli Stati *sub* lett. b) potrebbero accampare pretese sul *case* e pretenderne il *deferral* solo invocando la lett. a) e la lett. b) dell'art. 17 c. 1, le quali prevedono precipuamente l'inizio delle indagini o il compimento delle medesime insieme all'esercizio dell'azione penale come prime ipotesi che rendano un caso inammissibile innanzi alla Corte, agli Stati *sub* lett. c) non sarebbe imposta alcuna limitazione quanto ai parametri eccepibili a difesa della *challenge*. A questi ultimi sarebbe implicitamente garantita una facoltà di contestazione più intensa: potrebbero porre a giustificazione della contestazione e dell'istanza di deferimento anche il *ne bis in idem* (*ex art.* 17 c. 1 lett. c) ed art. 20 c. 3) nonché la *non sufficient gravity* (*ex art.* 17 c. 1 lett. d)).

Questa conclusione appare probabilmente assurda sol che si considerino due evidenti elementi di analisi. Il primo di carattere letterale: nello *chapeau* dell'art. 19 c. 2 esplicito è il riferimento all'art. 17, inteso unitariamente, nel suo complesso.²² Le *challenges*, afferma l'introduzione alla norma che si preoccupa di stabilire chi può contestare la giurisdizione della Corte o l'ammissibilità di un *case*, possono essere mosse 'sulla scorta dei parametri segnalati all'art. 17'. Da ciò si ricava che tanto la persona accusata, *ex* lett. a), quanto gli Stati che hanno giurisdizione, *ex* lett. b), quanto gli Stati per i quali l'art. 12 prescrive l'accettazione della giurisdizione della Corte, possono utilizzare tutte le giustificazioni indicate al-

²² Vedi nello stesso senso EL ZEIDY, *supra* nota 4, pp. 260-261.

l'art. 17 c. 1 al fine di escludere la necessità dell'intervento giurisdizionale complementare della ICC.

Un secondo elemento, di natura eminentemente logica, milita del pari in senso inverso alla ricostruzione. Ci chiediamo come sia ipotizzabile un crogiuolo più ampio di *chances*, un ventaglio più esteso di opzioni, in definitiva una facoltà di contestazione più corposa ed intensa sotto il profilo del fondamento motivazionale a favore di Stati che, comunque si voglia leggere il riferimento all'art. 12 contenuto nella lett. c), si collocano al di fuori della comunità internazionale che ha inteso creare una giurisdizione penale universale. Sarebbe paradossalmente attribuito agli Stati *ex lett. b)*, tra i quali senz'altro rientrano gli Stati Parte, un diritto dal contenuto più ristretto, potendo gli stessi invocare solo l'apertura di una indagine o l'avvenuto esercizio dell'azione penale al fine di ottenere dalla Pre-Trial Chamber il *deferral* del *case*. Gli Stati Parte sono quegli Stati contraenti che non solo hanno partecipato al tavolo delle trattative a Roma nel 1998, provvedendo alla stesura definitiva dello Statuto della prima Corte Penale Internazionale, ma successivamente hanno del pari recepito il Trattato, trasformando in realtà l'adesione di principio e le intenzioni favorevoli manifestate nelle Commissioni Preparatorie e nella Conferenza Diplomatica. Si tratta di Stati che sicuramente non meritano un trattamento peggiore nella disciplina statutaria, che forse anzi risultano degni di una tutela dell'affidamento e di una 'presunzione di buona fede' più intensa da parte della Corte, quando intendano riappropriarsi della giurisdizione su di un *case*.

Consideriamo inoltre che lo Statuto della Corte riposa all'interno di un trattato internazionale, sottoposto alla ordinaria disciplina contenuta nella Convenzione sul Diritto dei Trattati firmata a Vienna nel 1969. Secondo l'art. 34 della Convenzione di Vienna, un trattato non può prevedere né diritti né obblighi in favore o a carico di Stati non-Parte (a meno che gli stessi non vi consentano), principio sintetizzato dal brocardo *pactum tertiis neque nocet neque prodest*. I successivi artt. 35 e 36 specificano che la previsione di un diritto o di un obbligo non solo deve essere oggetto di 'consenso', pure espresso attraverso comportamenti concludenti, da parte di soggetti estranei alla stipulazione, ma soprattutto che una tale 'offerta' ad opera dei soggetti contraenti deve necessariamente essere esplicitata in una norma del trattato.

Dunque, se si accede all'interpretazione in virtù della quale gli Stati *ex lett. c)* avrebbero a disposizione tutte le giustificazioni contenute nell'art. 17 c. 1 a fondamento della propria *challenge*, non solo verrebbe a tali Stati, estranei al Trattato di Roma, riconosciuto un diritto, peraltro in

maniera non sufficientemente chiara ed esplicita, ma tale diritto si atteggierebbe pure come più esteso e più ricco rispetto allo stesso diritto garantito a favore degli Stati che hanno invece definitivamente depositato lo strumento di ratifica, così legandosi al sistema della Corte.

5. Una seconda proposta interpretativa

La seconda tesi interpretativa, che qui vogliamo proporre in obiezione a quella tradizionale, attribuisce una *ratio*, logica e giuridica, alla definizione di due distinte famiglie di Stati in relative norme dello Statuto, capovolgendo i presupposti della prima ricostruzione. Non vi sarebbe margine per accogliere *sub* lett. b) gli Stati non-Parte, che andrebbero piuttosto collocati soltanto *sub* lett. c). La perifrasi ‘Stati che hanno giurisdizione’ andrebbe interpretata in tal senso ‘Stati *Parte* che hanno giurisdizione’, mentre nella successiva previsione troverebbero spazio, con un taglio netto rispetto ai primi, gli Stati non-Parte per i quali lo Statuto richiede un’esplicita dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte *ex* art. 12. Verrebbe per questa via definitivamente elisa l’apparente ridondanza della lett. c), di cui riferito precedentemente. Se nella prima norma si situano solo Stati Parte, che dimostrino un qualsiasi vincolo col crimine oggetto del *case* il quale li legittimi all’esercizio della giurisdizione domestica, e nella seconda, al contrario, vengono posti quei particolari Stati non-Parte che o hanno *ab origine* proceduto *ex* art. 12 c. 3, oppure risultano legati, a prescindere dall’accettazione della giurisdizione della Corte, al crimine sulla scorta di quei peculiari criteri segnalati *ex* art. 12 c. 2 lett. a) e b), all’interprete la logica delle due categorizzazioni, cui corrispondono due diverse previsioni statutarie, appare decisamente più coerente ed agevole.

L’assunto sarebbe in grado di spiegare il fondamento di una distinta catalogazione di *challenging States* *ex* art. 19: in tanto ha ragione di esistere la lett. c) in quanto *sub* lett. b) verrebbero ospitati soltanto Paesi che hanno aderito al sistema tracciato con il Trattato di Roma, ed in tanto Stati situati al di fuori di questo sistema avrebbero pari diritto di contestazione in quanto gli stessi posseggano una radicatissima motivazione per esercitare giurisdizione: l’esistenza dei criteri di territorialità o di personalità attiva.

Il diritto di contestare la giurisdizione o l’ammissibilità di un procedimento innanzi alla Corte, quando lo stesso sia pervenuto ad una fase talmente progredita come quella disciplinata all’art. 19, non può essere con-

cesso a qualsiasi Stato, sulla scorta della prova di un qualsiasi *link* giurisdizionale che colleghi il crimine alla richiesta di deferimento. La tesi spiega che, se trattasi di Stato Parte, *sub* lett. b) viene imposto l'onere di dimostrare il corretto e genuino inizio di un'indagine, o addirittura l'avvenuto esercizio dell'azione penale, mentre se trattasi di Stato non-Parte, è razionale prevedere condizioni più stringenti e severe perché la Corte possa spogliarsi del *case*. Lo Stato Parte, in altri termini, ha facoltà di rivendicare la sussistenza di qualsiasi principio giurisdizionale (purchè valido per il diritto internazionale) che sia utile a convincere la Camera della genuinità della richiesta. In più dovrà provare l'inizio di investigazione o la *prosecution* avverso il soggetto individuato dal Procuratore come probabile autore della fattispecie di reato. Lo Stato non-Parte sarà onerato di una prova preliminare più intensa: quella di essere lo Stato nel cui territorio sia avvenuto il crimine oppure lo Stato di nazionalità del presunto responsabile. Ed inoltre occorrerà, come palesato dallo *chapeau* dell'art. 19 che riconduce ogni possibile *challenge* alle ipotesi dell'art. 17, che fondi la propria richiesta su uno dei *grounds* previsti al c. 1 della medesima norma.

6. Un argomento sistematico supporta la seconda ricostruzione

La tesi, oltre che risolvere in via razionale la ridondanza di una norma rispetto all'altra e a salvare così il principio della conservazione degli atti normativi, trova pure supporto in un argomento di carattere sistematico.²³ Se si pone attenzione infatti al linguaggio utilizzato all'art. 18 c. 1,

²³ Un ulteriore argomento, oltre a quelli che verranno illustrati nei paragrafi successivi, potrebbe essere presentato a sostegno della tesi propugnata. Il termine *case* che appare nell'art. 53 c. 1 lett. b) e nell'art. 15 viene oggi 'normalmente' sostituito dal termine *situation*. L'ammissibilità (o l'inammissibilità) in una fase così preliminare (come quella prevista dall'art. 15 e dall'art. 53) della procedura sulla verifica della complementarità della Corte viene infatti asseverata in relazione ad una generale *situation* (definita sulla base di criteri soltanto geografici, temporali ed oggettivi). La dottrina è virtualmente unanime sul punto (*vedi* Kleffner, *supra* nota 4, pp. 195 e ss.). Al proposito, dunque, la lettera della norma viene totalmente ribaltata dalla logica giuridica (confermata tra l'altro anche dalla giurisprudenza successiva all'entrata in vigore dello Statuto). Perché la stessa logica non dovrebbe ritenersi applicabile anche all'art. 19 c. 2 lett. b)? Nella presente tesi, non sarebbe nemmeno necessario confliggere con il dato letterale della norma, ma solo reinterpretare, alla luce di argomenti possibilmente validi, il riferimento nella previsione ad <<*a State*>>. Si potrebbe infatti reinterpretare le intenzioni dei *drafters* a questo riguardo. Per il nostro problema è sufficiente una sorta di *quid minoris* rispetto alla speci-

si nota come il legislatore statuario, proprio nella prescrizione precedente alla norma sulle *challenges*, abbia esplicitamente fatto riferimento tanto agli Stati Parte quanto agli Stati non-Parte. L'art. 18 descrive una fase procedimentale assai più risalente rispetto a quella scolpita all'art. 19, sotto il profilo della cronologia del processo innanzi alla ICC. Prima ancora di incardinare una indagine nel meccanismo della Corte, il Prosecutor ha l'onere di notificare le sue intenzioni investigative a tutti gli Stati Parte 'e pure a quegli Stati che normalmente eserciterebbero giurisdizione sui crimini' (dunque quegli Stati che, pur non avendo aderito in via definitiva al Trattato, sono comunque titolari del diritto di esercitare giurisdizione sui reati, ed anzi che 'normalmente lo eserciterebbero'). Siamo in uno *stage* del procedimento assai anteriore a quello in cui il Procuratore, a conclusione dell'inchiesta, risulta in grado di formulare una richiesta di emanazione, da parte della Pre-Trial Chamber, di un mandato di arresto o di un invito a comparire, a seguito della individuazione di soggetti ritenuti autori dei crimini oggetto dell'indagine. L'art. 18 contempla uno *step* processuale ineludibile e precedente rispetto all'art. 19: l'obbligo di notifica non ha ad oggetto un *case*, bensì una generale *situation*. La doverosa comunicazione della volontà di cominciare una investigazione mette alla prova lo (o gli) Stato(i) che intende(ono) in buona fede impugnare la legittimità dell'intervento della Corte e ottenere il deferimento della giurisdizione. La facoltà procedimentale, il cui esercizio ha un termine assai ridotto, più precisamente è previsto un mese per la risposta alla notifica, consente a qualsiasi Stato, senza preclusione alcuna, di dimostrare la legittima, genuina ed efficiente volontà di procedere da solo all'esercizio dell'azione penale, alla contestazione degli addebiti e alla punizione dei responsabili.

Si evince, allora, come gli Stati non-Parte risultino già titolari *ex art.* 18, e dunque in una fase del procedimento assai anteriore a quella della formulazione di un *case*, *ex art.* 19, di una facoltà perfettamente identica a quella degli Stati Parte: la facoltà di instaurare un dialogo col Procuratore e di eventualmente domandare un intervento della Pre-Trial Chamber, in caso di contrasto con quest'ultimo. I *drafters* hanno inequivocamente equiparato la posizione giuridica ed il bagaglio di diritti delle due

ficity of proof della complementarità. In questo caso, un termine preciso (*case*) che ha riguardo ad un fenomeno giuridico ben specifico con le sue proprie caratteristiche, è stato sostituito da un altro termine (*situation*) che ha caratteristiche totalmente differenti. Qui invece non si suggerisce di deviare tanto dalla lettera della norma, ma soltanto di reinterpretare le lett. b) e c) dell'art. 19 c. 2.

famiglie di Stati in questa fase, preliminare del procedimento. La *ratio* di questa equiordinazione risiede nella necessità di evitare il dispendio di risorse e di energie della Corte quando il Procuratore si avveda della presenza di una giurisdizione nazionale che autenticamente e sinceramente dia prova del proposito di rintracciare e sottoporre a pena gli autori di un crimine internazionale, consentendo l'affidamento del procedimento. Nell'art. 19, al c. 2 lett. b), si citano genericamente gli Stati che 'hanno giurisdizione' e non vi è traccia della netta e indiscutibile demarcazione di cui all'art. 18. La ragione di questa omissione potrebbe risiedere proprio nel fatto che assai più alto e gravido di pericoli sarebbe l'attribuire *tout court* agli Stati non-Parte il diritto di chiedere, ed eventualmente ottenere il *deferral*, quando siano stati dal Procuratore comunicati i nomi dei presunti responsabili. Il rischio che uno Stato possa agire in mala fede, con lo scopo di sottrarre quelle stesse persone fisiche al processo internazionale, e porle al riparo sotto l'ombrello della giurisdizione domestica, è assai più concreto nella fase di cui all'art. 19. Quando il Procuratore procede alla notifica *ex art.* 18 c. 1, lo Stato che risponde con la richiesta di deferimento non conosce ancora le identità di possibili sospettati, ignora i risultati della indagine a venire, ed assai più intensa è la probabilità che lo Stato abbia di mira realmente il fine di rendere giustizia. Agli Stati non-Parte è attribuito il medesimo diritto di contestazione degli Stati Parte quando in giuoco è la sopravvivenza di una *situation*, e non di un *case*, e cioè nella fase introduttiva delle *preliminary rulings regarding admissibility* (art. 18). Una volta trascorso il termine di un mese dalla notifica, il patrimonio di facoltà procedurali deve necessariamente essere distinto tra Stati Parte e Stati non-Parte dello Statuto. Con lo scorrere delle lancette dell'orologio investigativo, fino all'ora della definizione dei sospetti, quando le nebbie della generica *situation* si diradano ed un formale *case* viene formulato, sempre maggiore è il pericolo che il fine di porre un argine alla impunità venga messo a repentaglio, e più aleatorio sarebbe l'affidamento della Corte nella correttezza e genuinità delle giurisdizioni domestiche. Questa sarebbe la ragione celata dietro l'esplicito riferimento dell'art. 18 agli Stati Parte ed ai *diversi* 'Stati che normalmente eserciterebbero giurisdizione', e al contempo sottesa alla omessa parificazione nell'art. 19 tra le due categorie di Stati, per quel che concerne il diritto di procedere ad una *challenge* della giurisdizione o dell'ammissibilità della Corte sul *case*, come appena 'disegnato' dal Procuratore. D'altronde occorre rammentare quanto già scritto: non tutti gli Stati non-Parte verrebbero privati di un tale diritto. Collocando questa categoria esclusivamente all'art. 19 c. 2 lett. c), lo Statuto avrebbe previ-

sto un'eccezione proprio per quei Paesi terzi che detengono il titolo più saldo e meritevole di tutela in punto di esercizio della giurisdizione domestica: gli Stati che, sebbene non hanno inteso operare la ratifica del Trattato, vantano i legami più stabili con il crimine oggetto del *case*, più precisamente quelli delineati all'art. 12 c. 2. L'equiordinazione enunciata all'art. 18 ritorna prepotentemente quando ad essere salvaguardato è il diritto ad ottenere il *deferral*, e ad esercitare la giurisdizione interna, da parte dello Stato sul cui territorio è stata perfezionata la fattispecie di reato o lo Stato di nazionalità dei presunti responsabili, in disparte il problema della ricomprensibilità di questi nel sistema della Corte Penale Internazionale.

7. Un argomento *lato sensu* teleologico: l'inapplicabilità della Parte 9 dello Statuto

La tesi secondo cui alla lett. b) dell'art. 19 c. 2 troverebbero accoglienza solo gli Stati Parte trova sostegno, oltre che sull'argomento logico-razionale e su quello sistematico, pure su quello *lato sensu* teleologico. Da più parti si è infatti fortemente paventato il rischio, da alcuni ritenuto incompressibile,²⁴ di una definitiva ed irrecuperabile dismissione del *case*

²⁴ Invero Kleffner giustamente sottolinea il rischio, *a priori*, di un ritardo e di un abuso della procedura prevista dall'art. 18: "[o]ne must concede at the outset that delays may be the result of a State's legitimate and bona fide efforts to act in accordance with the fundamental premise of complementarity, that national criminal jurisdictions are those primarily responsible for investigations and prosecutions. The reviews by and periodic information to the Prosecutor may reveal, for instance, that delays result from the complexity of an investigation or difficulties in gathering of evidence and witness statements. As long as the Prosecutor remains satisfied that a given State undertakes a genuine effort to investigate and prosecute and is able to do so, a case is likely to continue to be investigated at the national level. However, should that situation change at a later stage, for instance because the security situation in the State has deteriorated to an extent that the State is 'unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony' vital time will have been lost. At least as significantly, the notification in accordance with Article 18(1) – whether or not on a confidential basis and irrespective of whether the scope of the information provided is limited – is likely to alert mala fide States, which may use the information made available to them to influence or subvert evidence and witnesses and to warn perpetrators. Such States may then use the subsequent procedural steps to further disrupt and delay the proceedings of the Court. They can block further investigation by the Court by requesting a deferral and subsequently undermine the Court's efforts to determine whether national proceedings are genuine. Only if the application of the Prosecutor to nevertheless authorize an investigation is successful can the latter proceed. In order to be successful, however, the Prosecutor will have

da parte della Corte, una volta che venisse accolta la *challenge* e la contestuale richiesta di deferimento formulata da uno Stato non-Parte.²⁵ A questo non sarebbe infatti applicabile la Parte 9 dello Statuto che concerne la 'Cooperazione degli Stati con la Corte'. Non avendo ratificato lo Statuto lo Stato non-Parte non sarebbe obbligato a rispondere, né tanto meno ad ottemperare ad alcuna richiesta di *compliance* da parte della Corte (Camera giudicante o Procuratore che sia).²⁶ Le misure vincolanti di cooperazione sono applicabili solo agli Stati Parte e non vi è sanzione che possa stimolare uno Stato che si pone al di fuori del sistema di Roma ad accedere ad una misura di assistenza che proviene dalla Corte. Una volta appropriatosi del *case*, ex art. 19 c. 11, non vi è modo di indurre coattivamente lo Stato non-Parte a 'rendere disponibili le informazioni sui procedimenti nazionali' richieste dal Procuratore, né di certo quest'ultimo potrebbe con estrema facilità 'procedere ugualmente con la sua investigazione', a dispetto del silenzio o del rifiuto esplicito dello Stato richie-

*to supply information on which the application to authorize an investigation is based; information that may come to light only after the request for deferral has been granted, for instance in the course of the periodic review in accordance with Article 18(3). Since Article 18 applies at such an early stage that it suffices for a request for deferral that States are starting an investigation, mala fide States may use several pretexts as to why such an investigation is not progressing when the Prosecutor subsequently reviews the deferral or when subsequently asked to inform the Prosecutor periodically in accordance with Article 18(5). Besides arguing that an investigation has been conducted but did not reveal a sufficient basis to proceed with the case against a particular person, examples of such pretexts, which mala fide States can use, are alleged temporary security risks in gathering the necessary evidence or arresting the person(s) concerned; that witnesses are exposed to unacceptably great dangers; or that the person concerned has absconded or the evidence been destroyed". Vedi KLEFFNER, *supra* nota 4, pp. 179-180.*

²⁵ Cf. David STOELTING, *ICC PreTrial Proceedings: Avoiding Gridlock*, in 9 *International Law Students Association Journal of International and Comparative Law* (2003), pp. 413-423, in particolare pp. 420-422; Douglass CASSEL, *The Rome Treaty for an International Criminal Court: A Flawed but Essential First Step*, in 6 *The Brown Journal of World Affairs* (1999), pp. 41-52, in particolare p. 48; Richard DICKER and Helen DUFFY, *National Courts and the ICC*, in 6 *The Brown Journal of World Affairs* (1999), pp. 53-63, in particolare pp.59-60.

²⁶ In relazione ai rischi relativi alla procedura ex art. 19, vedi Kleffner, *supra* nota 4, p. 188: "[a]s in the case of preliminary rulings regarding admissibility, the aforementioned safeguards and supervising tools in Article 19 are no definite guarantees against the procedure's causing **delays** or being **used abusively**. Again, delays may be the result of a legitimate and bona fide effort to exercise jurisdiction as much as they can be the result of a bad faith effort of a given State to thwart proceedings of the Court".

sto. L'art. 19 c. 11 così recita: "*If the Prosecutor, having regard to the matters referred to in article 17, defers an investigation, the Prosecutor may request that the relevant State make available to the Prosecutor information on the proceedings. That information shall, at the request of the State concerned, be confidential. If the Prosecutor thereafter decides to proceed with an investigation, he or she shall notify the State to which deferral of the proceedings has taken place.*" Non è però chiaro, dalla lettera dello stesso art. 19 c. 11, se il Procuratore debba in tale ipotesi ricominciare dall'inizio, procedendo con la notifica *ex art.* 18 c. 1 oltre che con quella prescritta allo stesso art. 19 c. 11, oppure riprendere il procedimento dall'istante in cui si è concesso il *deferral*. Qualsiasi possa essere la soluzione di questo difficile quesito, il tempo trascorso e le energie disperse andrebbero a sicuro vantaggio degli indagati, e a detrimento della utilità ed efficienza dell'indagine (oltre alla configurabilità di un pericolo di fuga, di inquinamento delle prove e alla possibile messa a repentaglio della sicurezza e incolumità di vittime e testimoni).

È ovvio che, accogliendo la tesi sin qui proposta, il pericolo della dismissione del *case*, una volta trasferito allo Stato non-Parte, rischio insito nella constatazione giuridica della inapplicabilità a quest'ultimo delle obbligazioni sancite nella Parte 9 dello Statuto, viene notevolmente ridimensionato. Il nodo problematico verrebbe reciso alla radice: come regola generale lo Stato non-Parte non può accedere alle *challenges*, e dunque non può né domandare, né tantomeno ottenere il deferimento di un procedimento già incardinato dinanzi alla Corte. Questa regola, come più volte ripetuto, soffre una sola eccezione: quella degli Stati non-Parte collegati al delitto dalla 'territorialità' o dalla 'nazionalità attiva'. Si è inteso, da parte dei *drafters*, salvaguardare la posizione giuridica di giuste due particolari *species* di Stati terzi, in quanto legate da vincoli giurisdizionali non facilmente eludibili ma anzi solidi e legittimanti una non vincibile tutela dell'affidamento in punto di diritto alla contestazione e di deferimento dell'indagine.

Il problema della inapplicabilità della Parte 9 dello Statuto riguarda senz'altro anche l'art. 18, e il caso del deferimento di una *situation* a vantaggio di Stati non-Parte *ex art.* 18 c. 2. Tuttavia, in presenza di uno Stato che agisca in mala fede e non ottemperi alle misure di assistenza richieste in seguito al *deferral*, *ex art.* 18 c. 5, i rischi sono più attenuati rispetto a quanto previsto in precedenza per la fase delle *challenges*, soprattutto in ragione del fatto che, nello *stage* delle *preliminary rulings regarding admissibility*, un'indagine non è ancora stata avviata (e di sicuro

non sussiste il pericolo di fuga, non essendo ancora state definite le identità dei presunti responsabili).

8. Come superare il dato dei lavori preparatori?

Non può omettersi un breve riferimento al secondo argomento su cui si fonda la tesi tradizionale, che qui si è provato a confutare: l'argomento dei *travaux préparatoires*. L'autore del presente lavoro si avvede della difficile conciliabilità della tesi sostenuta con i lavoratori preparatori e con le opinioni espresse da numerosi Stati al tavolo dei negoziati in occasione della Conferenza dei Plenipotenziari, tenuta a Roma, 15 giugno-17 luglio 1998, propedeutica alla stesura definitiva dello Statuto, opinioni riportate da numerosi articoli e monografie.²⁷ In verità l'interpretazione della norma giuridica di diritto internazionale, in particolare pattizio, si fonda su una serie di criteri, il primo dei quali non può essere considerato quello che ha riguardo al dato dei lavori preparatori. Alla obiezione circa la chiarezza delle parole espresse in sede di *travaux préparatoires* e riportare da diversi autorevoli autori, si potrebbe replicare con le parole di Conforti: "(Nell'interpretazione di un trattato) (l)a tendenza che oggi può dirsi prevalente (...) è nel senso dell'abbandono del metodo subiettivistico, metodo mutuato dal regime dei contratti nel diritto interno ed in base al quale si renderebbe in tutti i casi e ad ogni costo necessaria una ricerca della volontà *effettiva* delle parti come contrapposta alla volontà *dichiarata*. Si ritiene invece che, per regola generale, debba attribuirsi al trattato il senso che è fatto palese dal suo testo, che risulta dai *rapporti di connessione logica intercorrente tra le varie parti del testo*, che si armonizza con l'oggetto e la funzione dell'atto quali dal testo sono desumibili.

²⁷ Cf. KLEFFNER, *supra* note 4, pp. 91-92: "[w]hilst building on the compromise already reached at the PrepCom's December 1997 session, it was ultimately decided that the right to make challenges to the admissibility should not be limited to the accused or to a person for whom an arrest warrant, or summons to appear, has been issued and to States Parties. However, it was agreed that non-States Parties could only do so under the condition that they have 'jurisdiction over a case, on the ground that (they are) investigating or prosecuting the case or (have) investigated or prosecuted'. That condition was also extended to States Parties other than those from whom acceptance of jurisdiction is required in accordance with Article 12 (2)(a) and (b) of the Rome Statute, and which wish to make a challenge to jurisdiction or admissibility. In addition, States, from whom acceptance of jurisdiction was required, were granted an independent right to challenge". Vedi anche HOLMES, *supra* nota 11, p. 67.

In una concezione del genere, i lavori preparatori, nei quali dovrebbe essere consegnata la volontà effettiva delle parti, hanno una funzione sussidiaria (...).²⁸ Nella presente analisi, con la 'offerta' di una tesi alternativa a quella per così dire 'ufficiale', si è proprio inteso fondarsi sui tre argomenti principe dell'ermeneutica internazionalistica richiamata da Conforti: l'argomento letterale, quello sistematico e quello della funzione oggettiva della norma. Si ritiene tali argomenti come più forti e più intensi rispetto a quello della 'interpretazione autentica' resa prima della entrata in vigore della norma.²⁹ Per vero, alcuni autori hanno pure contestato la scelta, compiuta alla Conferenza di Roma, di indirizzare la notifica agli Stati non Parte, *ex art.* 18 c. 1.³⁰ Le parole di questi autori potrebbero *mutatis mutandis* estendersi all'oggetto del presente studio, vale a dire all'ipotesi problematica di uno Stato non-Parte che intenda contestare la giurisdizione o l'ammissibilità dinanzi alla Corte, senza dimostrare il vincolo di 'territorialità' o di 'personalità attiva'. Se però questi autori contestano una scelta effettivamente compiuta alla Conferenza di Roma del 1998, e soprattutto esplicitamente traslata in una norma dello Statuto, l'art. 18 c. 1, nel presente lavoro si intende contestare una 'mera' interpretazione dell'art. 19 c. 2, probabilmente anche fondata sulla volontà delle Parti manifestata nei *travaux préparatoires*, ma comunque non chiaramente trasferita, a livello logico e sistematico, nella lettera dello Statuto.

9. Conclusioni

L'equiparazione tra Stati Parte e Stati non-Parte, quanto a diritti acquisiti in virtù di norme dello Statuto e non quanto a corrispondenti obblighi imposti, è davvero rischiosa. Il pericolo risiede nella disincentivazione ad acce-

²⁸ Benedetto CONFORTI (ed.), *Diritto Internazionale* (Editoriale Scientifica, Napoli, 2006), VII ed., p. 95.

²⁹ Infatti, William Schabas riconosce che "*legal instruments take on a life of their own, and creative interpretation of their provisions is usually desirable*". Vedi William SCHABAS, "*Complementarity in Practice*": *Some Uncomplimentary Thoughts*, in 19 *Criminal Law Forum* (2009), p. 17.

³⁰ Cf., tra gli altri, Giuliano TURONE, *Powers and Duties of the Prosecutor*, in Cassese, *supra cit.* nota 3, p. 1163: "[w]hat is frankly unacceptable about the provision of Article 18, is that the notification has to be forwarded not only to **all States Parties**, but also to those States non-parties which <<would normally exercise jurisdiction over the crimes concerned>>, i.e. also to **those States that – having refused to join the system of the ICC, and**

dere allo Statuto da parte di Stati che non lo hanno ancora ratificato. L'equiordinazione è infatti in grado di provocare una irragionevole attribuzione di facoltà (anche procedimentali, come nel caso del combinato disposto delle lett. b) e c) dell'art. 19 c. 2) in capo a soggetti internazionali che non hanno avuto il merito di acquisire lo *status* definitivo di Parte nel sistema dell'ICC. Ci chiediamo, sotto il profilo politico-strategico, quale sia il senso di ratificare lo Statuto, sottoponendosi giocoforza al complesso e variegato crogiuolo di obblighi ivi previsti, compresi quelli *ex* Parte 9, quando il più importante dei diritti di opposizione all'azione penale della Corte possa tranquillamente essere esercitato anche da Stati terzi? Il diritto di paralizzare il procedimento innanzi alla Corte, eccependo l'assenza di giurisdizione o l'inammissibilità del caso, dovrebbe anzitutto, e in maniera più cospicua, spettare allo Stato Parte. Solo in rare e fondate eccezioni tale diritto dovrebbe essere attribuito allo Stato estraneo allo Statuto.

A nostro avviso, occorre essere ben attenti e non frettolosi nel ravvisare in una norma fondamentale dello Statuto, quale quella sulle *challenges*, la fonte positiva che consente un ravvicinamento della posizione dello Stato Parte con quella dello Stato non-Parte. Vero è che una tale lettura potrebbe trovare nei lavori preparatori, e nelle dichiarazioni dei partecipanti al tavolo di Roma, un 'sostegno morale'. Vero altrettanto che il principio di complementarità si fonda proprio sulla potenzialità che anzitutto la giurisdizione domestica, dotata di una sorta di *favor* da parte dei *drafters*, eserciti l'azione penale sui crimini internazionali oggetto della giurisdizione della Corte, e che tale potenzialità debba con ogni strumento essere incentivata dal sistema stesso della Corte. Tuttavia tutto ciò non giustifica un livellamento delle facoltà procedimentali, specie in una fase così avanzata quale quella *ex* art.19, se non specificato in modo 'cristallino' dalla norma positiva. Diventare uno Stato Parte deve poter significare divenire un interlocutore (anche controparte se necessario) privilegiato innanzi alla Corte. Rimanere estranei allo Statuto deve poter significare intervenire ed 'alzare la voce' solo quando quest'ultimo espressamente lo consenta. Contrariamente opinando il rischio, che deve essere combattuto tanto dall'interprete in sede dottrinale quanto dal giudice nello sviluppo della prassi giurisprudenziale, di una lenta ma progressiva fuoriuscita dal sistema ad opera di chi già ne fa parte, e di un improbabile ingresso da parte di chi, per qualsivoglia motivazione, non vi ha ancora aderito, è dietro l'angolo.

being directly involved in the specific situation in which grave breaches of the international humanitarian law are assumed to have occurred – might have no other interest than simply preventing justice from being done”.

