

*GIORDANO
SAMMARINESE*

M
I
S
C
E
L
L
A
N
E
A

Presentazione

p.3

Atti della Scuola Sammarinese di Diritto Comune vigente

Indirizzi di saluto, pronunciati il 27 agosto 1990

dal Segretario di Stato per gli Affari Esteri, Dott. Gabriele GATTI p.7

dal Deputato alla Pubblica Istruzione e Cultura, Dott. Fausta MORGANTI p.9

dal Presidente dell'Ordine degli Avvocati e Notai, Avv. Luigi LONFERNINI p.11

Conclusioni del Deputato alla Giustizia, Presidente dell'Istituto Giuridico Sammarinese, Avv. Alvaro SELVA. Discorso pronunciato il 31 agosto 1990

p.13

Severino CAPRIOLI, *Per la Scuola Sammarinese di Diritto Comune Vigente*

p.15

Discorsi per San Marino:

Guido ASTUTI, *Per l'inaugurazione della reggenza dei Capitani Giuseppe Micheloni e Marino Mularoni. Discorso tenuto nella Sala Consiliare il Primo ottobre 1964*

p.43

Lezioni dell'Istituto

Massimo NOBILI, *Verso un nuovo processo penale sammarinese. Sintesi e comparazione con il codice italiano del 1988*

p.55

Nicola PICARDI, *Dalla responsabilità del giudice alla responsabilità dello Stato-giudice*

p.71

Saggi

Piergiorgio PERUZZI, *Gli atti esecutivi in pendenza di restitutio in integrum nel diritto sammarinese. Note critiche intorno all'istituto tra ius proprium e ius commune*

p.93

Donatella LOMBARDI, *Riconoscimento e/o legittimazione dei figli negli ordinamenti sammarinese e italiano*

p.101

Presentazione

Varia è la vita dell'Istituto Giuridico Sammarinese ed altrettanto varia la sua attività, come vasto è il campo in cui la legge gli impone di operare. Questa molteplice attività si rispecchia in questo periodico, destinato a facilitarne la più ampia conoscenza.

Nasce così *Miscellanea*, rivista dalla struttura flessibile, con contenuto corrispondente alle linee lungo le quali si svolge l'opera dell'Istituto.

Questo primo fascicolo, quindi, non poteva aprirsi che con alcuni atti della Scuola Sammarinese di Diritto Comune Vigente. Il primo Corso, tenutosi dal 27 al 31 agosto dell'anno appena trascorso, ha fornito la prova, per altro superflua, della convenienza e della necessità di quanto il legislatore prevede all'art.5 della legge 25 novembre 1986 n.144. I risultati di questa prima esperienza, pur altamente positivi e lusinghieri, attentamente vagliati dall'Istituto, costituiscono solida base per apportare opportuni miglioramenti all'organizzazione dei Corsi, anche agli effetti di cui all'art.6 della legge citata.

Essendo tuttora in corso di trascrizione, o di definitiva revisione, i testi delle lezioni tenute da Mario Ascheri, Francesco Castro, Achille De Nitto, Piero Fiorelli, Giovanni Gualandi, Umberto Santarelli - che tutte saranno pubblicate nella rivista - "in primis" vengono dati alle stampe gli interventi introduttivi del Segretario di Stato per gli Affari Esteri, dott. Gabriele Gatti, del Deputato alla Pubblica Istruzione e Cultura, dott.ssa Fausta Morganti, del Presidente dell'Ordine degli Avvocati e Notai Sammarinese, avv. Luigi Lonfernini, quello conclusivo tenuto da me, quale Presidente dell'Istituto Giuridico Sammarinese, nonché i contributi di Severino Caprioli e Pier Giorgio Peruzzi.

La rubrica "Discorsi per San Marino" offre, a quanti non ebbero il privilegio di ascoltarle nella sala dei Sessanta le orazioni pronunciate da giuristi italiani nel corso della cerimonia di ingresso dei Capitani Reggenti. La redazione della rivista è particolarmente grata alla gentile Signora Elena, per avere ella consentito la stampa del discorso pronunciato il primo ottobre 1964 da Guido Astuti, il Maestro che fu Giudice delle Appellazioni Civili. Ricorre il decimo anniversario della sua scomparsa, e nessuna commemorazione potrebbe ritrarre con tanta efficacia la calda umanità, la dottrina impareggiabile di quel giurista vero.

In "Lezioni dell'Istituto" si divulgano i testi, riveduti dagli

La rubrica "Saggi", caratterizzata dalla più ampia varietà di temi e dall'ovvia molteplicità di opinioni, ospita ricerche intese alla formazione della dottrina sammarinese del diritto comune e del diritto proprio, che è tra i fini proposti indirettamente dalla legge all'Istituto.

Formulo vivo auspicio che l'apporto di giuristi valenti ed esperti, di giovani promettenti e laboriosi, arricchisca ulteriormente questa parte della rivista.

Come si conviene ad una Miscellanea, la rivista rispecchierà nella composizione la varia e molteplice attività che documenta: darà voce a quella *concordia discors*, che è e resta il principio, il fine ed il fondamento della perpetua libertà sammarinese.

Il Presidente
dell'Istituto Giuridico Sammarinese
Avv. Alvaro Selva

Nulla resta da aggiungere, è più che ovvio, all'ampia e brillante presentazione del Presidente dell'Istituto Giuridico.

Unicamente mi sia consentito, a titolo personale, di rendere noto che i colleghi di redazione, con estrema cortesia, ma con altrettanta fermezza, hanno respinto all'unanimità la proposta da me avanzata di apporre a Miscellanea il sottotitolo "Rivista di Dottrina e Varietà Giuridiche" ("in memoriam" dell'omonima, veneranda sezione, che compariva in appendice ai vecchi volumi della Giurisprudenza Sammarinese). E bene hanno fatto, lo ammetto senza riserva alcuna, poichè detta specificazione, molto pretenziosa e troppo rigida, mal si addice ad una pubblicazione che vuole essere un duttile, agile strumento di divulgazione dell'attività scientifica dell'Istituto Giuridico, una moderna, aperta "agorà", luogo di "incontri e scontri" (rammentando R. Orestano) di giuristi, siano essi ormai solidi e maturi, ovvero siano ancora in erba.

La porta di Miscellanea è dunque "grand ouverte": l'accoglienza a tutti, anche se non remunerata, sarà calorosa e sicuramente produrrà abbondanti ed ottimi frutti.

Il Direttore
dell'Istituto Giuridico Sammarinese
Dott. Francesco Viroli

ATTI DELLA SCUOLA SAMMARINESE
DI DIRITTO COMUNE VIGENTE

GABRIELE GATTI

Segretario di Stato per gli Affari Esteri

E' con vivo piacere che, a nome del Governo della Repubblica di San Marino, vengo a porgervi il saluto, il ringraziamento ed i migliori auspici per un proficuo lavoro.

L'occasione ha voluto che l'iniziativa del primo corso della Scuola di diritto comune venisse a cadere in un periodo particolare, ossia durante la Presidenza di turno del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, assunta da San Marino nel giugno scorso.

E' forse una coincidenza casuale, che travalica le intenzioni di chi ha organizzato questo corso. Ma sarebbe rifiutare con temerarietà i segni dei tempi passare sotto silenzio i molteplici significati dell'occasione.

La più piccola ed antica Repubblica del vecchio continente, unico Stato sovrano nel quale vige ancora il diritto comune, presiede una istituzione creata da Governi animati da uno stesso spirito e forti di un unico ed indivisibile patrimonio di tradizioni e di ideali politici, che ha il fine di ritessere pazientemente quella tela che i nazionalismi ottocenteschi e novecenteschi avevano lacerata.

Anche a voi docenti ed a voi tutti partecipanti a questo primo corso ed ai corsi a venire, il compito di ricostruire, sotto il profilo del diritto, un patrimonio indivisibile di tradizioni, di valori e di mezzi, senza nascondere - anzi illuminando - le peculiarità che arricchiscono quel patrimonio e le variazioni che esso incontrò nel suo radicarsi nel tempo e nello spazio.

Rinnovo pertanto la mia più cordiale parola di incoraggiamento per l'iniziativa, dichiarando l'interesse con cui la nostra comunità e l'intera comunità degli Europei guarda a questi studi ed in particolare ai corsi che qui prendono inizio.

Il diritto comune non è prerogativa dei soli cittadini sammarinesi, ma è un bene proprio a tutti, Europei e non Europei. Questo dice, senza possibilità di dubbio, il programma del corso, dove lo sguardo si allarga oltre i confini di quelle terre che siamo soliti chiamare Europa, *quelle terre che in tempi lontani trovarono unità politica e giuridica in un impero, sacro e romano.*

Oltre i confini, di ciò che l'immaginazione di quei tempi presumeva mondo civile, si pensava esistesse il più desolato vuoto di civiltà.

L'idea stessa d'Europa si radicava in quelle terre variamente

sinonimi, al punto da doversi giudicare incivile, tutto quanto non fosse europeo.

Il mondo moderno fu concepito da coloro che seppero guardare l'umanità oltre il velo delle rappresentazioni dominanti, da coloro cioè che videro, nei popoli diversi, non già torme di barbari inetti a darsi disciplina e perciò incapaci di diritti, ma popoli nel senso pieno della parola, comunità sovrane e perciò per loro intrinseca natura fornite del potere di organizzarsi.

Ad un cittadino di un paese nel quale il diritto comune è fulcro dell'intero ordinamento civile e non oggetto di spassionata indagine storiografica, si addice ricordare tutto ciò senza inflessione retorica ed auspicare la più spregiudicata riflessione sulla grande crisi della coscienza europea prodotta dall'incontro con popoli al di là dell'oceano - che fu pure crisi del diritto comune - e sui differenti esiti che quella crisi ebbe nei vari paesi del mondo.

Oggi che è ormai aperta una nuova era al diritto europeo, e si è intrapreso il cammino di pensare a norme uniche e valedoli per tutti gli Stati civili, di ricostruire cioè l'unità del diritto (questa volta non più su basi politiche e coattive ma su basi volontarie e per via di accordi e convenzioni internazionali), iniziative come quella odierna costituiscono un grande apporto alla conoscenza ed all'operare di tutti noi.

La Repubblica di San Marino, arricchita di un ulteriore momento di studio e di conoscenza sarà così in grado di portare un ulteriore contributo, anche nell'ambito del Consiglio d'Europa, alla costruzione politica e giuridica di quella casa comune dei popoli europei, che non è la nobile, antica dimora degli avi, ma la casa che i cittadini europei oggi sapranno disegnare, costruendola pazientemente, pietra dopo pietra.

Con questo spirito ringrazio quindi l'Istituto Giuridico Sammarinese nel cui ambito è costituita la Scuola di diritto comune, i Docenti del Corso e Voi tutti partecipanti e dichiaro aperti i lavori della Scuola, certo che l'iniziativa porterà un valido contributo ad una grande opera di civiltà non solo giuridica.

FAUSTA MORGANTI

Deputato alla Pubblica Istruzione e Cultura

Ringrazio per l'occasione che mi viene data di portare il saluto del Governo al primo corso di lezioni della Scuola di diritto comune vigente.

Credo si possa affermare che l'Istituto Giuridico Sammarinese, con questa ulteriore sua iniziativa, entra veramente a far parte di quel contesto di realizzazioni che tentano di aprire, per la nostra Repubblica, opportunità nuove di sviluppo delle proprie peculiarità statuali e sovrane.

La ricerca, lo studio, in qualsiasi campo si esplicino, a un livello scientifico e culturale elevato, conferiscono (anzi sono convinta che siano i soli elementi che vi danno senso) alla sovranità del piccolo Stato, quell'idea di futuro alla quale non potrebbe essere possibile oggi pensare, nel momento di costruzione dell'integrazione europea, per un territorio di limitate proporzioni come il nostro.

Ancora più significativo è il fatto che San Marino, proprio attraverso una scuola di diritto comune vigente, voglia riproporre la continuità con una tradizione che ha consentito, in modo pregnante e specifico, l'affermarsi e l'evolversi della propria autonomia.

Si tratta infatti, io credo, con questa iniziativa, di ripercorrere le tracce di un passato, non per rimanervi acriticamente agganciati, per cullare l'illusione che sia sufficiente ciò che abbiamo conquistato fino ad oggi, di benessere, di certezze, ma piuttosto per sondare la profondità, la reale consistenza delle basi su cui si è fondata la nostra comunità.

Di fronte al rapido sviluppo tecnologico e alle rapide trasformazioni sociali ed economiche dell'epoca contemporanea, può forse sembrare ai più che la riflessione sui processi storici entro i quali si è andata determinando la nostra caratteristica di Stato, sia un puro e quasi inutile lavoro di accademia.

Ma io credo che oggi, proprio oggi, nell'avventura e nell'incertezza che l'uomo sta vivendo insieme al suo pianeta, proprio la conoscenza, e il senso del tempo, costituisce il sedimento della propria contemporaneità.

E dunque questo aspetto della ricerca va affrontato senza pregiudizi, con disponibilità, perchè è ciò che arricchisce la

Questo mio contributo vuole anche dunque incoraggiare verso nuovi traguardi la vostra iniziativa.

Non posso non esprimere infatti la certezza che l'Istituto Giuridico e la sua scuola di diritto comune vigente, anche per l'alto apporto e l'appassionato impegno di studiosi e di una qualificata presenza di discenti, costituiranno per San Marino, per la nostra Repubblica, un altro significativo segno della sua millenaria vicenda.

LUIGI LONFERNINI

Presidente
dell'Ordine degli Avvocati e Notai

In altre occasioni, l'Ordine degli Avvocati e Notai, ha avuto l'opportunità di esprimere il proprio compiacimento per le iniziative intraprese dall'Istituto Giuridico dalla sua istituzione ad oggi.

Il primo corso della Scuola di diritto comune vigente contribuisce maggiormente a caratterizzare l'Istituto, divenendo uno strumento di cultura che, nel mentre da una parte arricchisce i giovani sammarinesi dall'altra valorizza il Paese nel suo insieme favorendo quindi la diffusione di un'immagine di San Marino verso l'esterno in maniera diversa da quella usuale.

L'Ordine non può che esprimere soddisfazione e quindi rendere interprete di un sentimento, comune a tutti i colleghi, anche di gratitudine nei confronti del Consiglio di Presidenza dell'Istituto, del Presidente avv. Alvaro Selva, del Vice Presidente prof. Giovanni Gualandi, del Direttore dott. Francesco Viroli ed in particolare del prof. Severino Caprioli che con squisita sensibilità e professionalità, ha curato l'iniziativa.

Giustamente, nel presentare il corso, è stato messo in evidenza che per noi operatori sammarinesi del diritto, la Scuola non rappresenta solamente un momento di formazione culturale, ma uno strumento che contribuisce a meglio conoscere il nostro diritto, la sua peculiarità, la sua attualità; per altri studiosi, italiani e più in generale europei, rappresenta un momento significativo per un riappropriarsi di una memoria storica che altrimenti andrebbe dispersa, che ha caratterizzato la vita associativa dei popoli europei, in un momento in cui, cadute le barriere che i popoli hanno costruito per dividere, si cerca di unire e costruire una Comunità che ha radici e tradizioni comuni. Ciascun popolo, è evidente, ha avuto e ha modi particolari di concepire i vari istituti giuridici e di adattare il diritto alle condizioni sociali ed economiche del momento; tuttavia l'elemento etnico non è determinante: esistono giustificazioni di carattere storico-formativo, di tecnica giuridica, che stanno alla base di ogni norma, senza considerare l'aspetto più pregnante, che è quello filosofico e caratterizza la norma dal punto di vista ideale.

Sono appunto queste giustificazioni che accomunano la storia del diritto in Europa ed il loro studio diventa essenziale non solo per capire l'evoluzione del costume dei popoli europei, ma anche per meglio comprendere i vari aspetti socio-economici che intendono regolare sovrintendere con la norma.

ALVARO SELVA

Deputato alla Giustizia

Eccellentissimi Capitani Reggenti,
Signori Relatori,
Graditi ospiti e partecipanti tutti

si è giunti alla conclusione di questa prima entusiasmante esperienza di lavoro.

Un miglior inizio, la Scuola di diritto comune, certo non avrebbe potuto avere: mi riferisco all'altissimo contenuto delle lezioni ed alla interessata ed attenta partecipazione non solo degli operatori attuali della giustizia, ma anche degli operatori futuri, giovani studiosi attualmente impegnati sui libri nelle università italiane.

Da oggi, anzi da pochi giorni addietro, la Repubblica di San Marino ha sciolto un suo paradosso giuridico, quello cioè di essere l'unico Stato sovrano europeo in cui sia ancora vigente il diritto comune e non avere, ciò nonostante, la fucina di un tale diritto, ossia non avere una vera e propria Scuola.

Ma non una Scuola intesa come struttura, ma una Scuola intesa come punto di incontro di menti fertili e dialettiche, momento in cui confrontarsi, in cui studiare il passato per capire il presente e soprattutto costruire e creare il diritto futuro.

Ma il grande contributo, che la Scuola ed il primo corso inaugurale hanno portato, è quello di aver iniziato a colmare un grande vuoto: quello della conoscenza e dell'individuazione degli strumenti per acquisirla.

Il giurista sammarinese ha una caratteristica inconfutabile: nella conoscenza del diritto, che per lui è lavoro quotidiano, possiamo dire che sia un autodidatta, per di più scomodamente preconfezionato - se non preconcepito - nel suo modo di ragionare in diritto.

Formatosi in un ordinamento a norma codificata, educato a dottrine di codice, al principio della c.d. "certezza del diritto", non appena diventa giurista sammarinese si trova di fronte alla difficoltà materiale di non sapere a quale testo od a quale fonte ricorrere, a come interpretarla, a come "trasporla", se non addirittura a come usarla.

Di qui l'importanza di una Scuola come questa, che attraverso i propri corsi, le proprie lezioni, squarci il velo della non conoscenza, trasmetta gli strumenti dell'indagine, sveli i c.d. trucchi del mestiere,

Tuttavia, non sarebbe giusto confinare le ragioni della Scuola - e lavorare perchè questa prosegua - nel pensare ad una dimensione esclusivamente "interna".

Come, del resto, lo stesso Segretario di Stato per gli Affari Esteri ha esordito nel suo intervento di apertura, è doveroso, per noi cittadini sammarinesi, proprio ora che si è aperta una nuova era al diritto europeo e si è intrapreso il cammino di pensare a norme uniche e valevoli per tutti gli Stati Civili, - è doveroso dicevo, coltivare il diritto comune, patrimonio giuridico che in altri Paesi si è violentemente - o forse no, come potrebbe a prima vista apparire - spezzato e che in tempi lontani ha formato la base dell'unità politico-giuridica della vecchia Europa.

Si riannodano oggi, qui a San Marino, le fila di un discorso che Vittorio Scialoja iniziava da cittadino italiano, all'alba del secolo, nel dichiarare al Senato il proprio voto sulle convenzioni dell'Aja: dal semplice "unificare le leggi relative al diritto internazionale privato", al "regolare le leggi" delle Alte parti contraenti "in modo tale che unica sia la norma in tutti gli Stati civili".

Eccellenze, graditi ospiti,

non voglio trattenermi ulteriormente sulle ragioni che hanno spinto l'Istituto Giuridico a porre mano a questa iniziativa.

La grande partecipazione, il grande interesse che la vostra presenza, - numerosa per tutta la durata del corso - ha testimoniato, ci danno ulteriore convinzione che questa sia la strada da percorrere.

La promozione e la conoscenza del patrimonio giuridico che contraddistingue la originalità e la identità culturale di San Marino, sarà continuata nei corsi a venire: la necessità di grandi menti capaci di arricchire di apporti scientifici e culturali il sistema di norme che hanno regolato e regolano la nostra convivenza, l'affermazione di una cultura giuridica sammarinese, peculiare della personalità internazionale della Repubblica, saranno ricercate più che mai.

Questa è del resto la ragione d'essere del nostro giovane, ma già molto attivo, Istituto Giuridico e lo scopo per cui si è creata la Scuola di diritto comune, o meglio e più giustamente la Scuola di diritto comune vigente.

SEVERINO CAPRIOLI

PER LA SCUOLA SAMMARINESE DI DIRITTO COMUNE VIGENTE

La scuola sammarinese di Diritto comune vigente intende contribuire alla conoscenza di quanto distingue la Repubblica, perchè singolare, e di quanto la congiunge agli altri ordinamenti statuali europei, perchè generale. Se il diritto è ben più che una componente nella cultura d'un popolo, se anzi è la forma stessa della cultura, esso dovrà presentarsi come un insieme di stratificazioni successive, imponendo punti d'osservazione distinti e strategie d'approssimazione progressive. Se negli altri Stati europei il Diritto comune innerva il diritto vigente per le vie molteplici della tradizione romanistica - ed è un campo circoscritto, quasi riservato alla più raffinata e puntigliosa storiografia -, in questa Repubblica non è soltanto un oggetto di conoscenza, ma s'impone quale norma su cui resta incardinata l'intera vita sociale, in sinergia con le speciali discipline che pure hanno dato regola a singole materie.

Il carattere precipuo di San Marino è anche il suo felice paradosso: l'essere terra di diritto comune, quando gli altri Stati europei si sono dati proprie "legislazioni esclusive" - come un maestro di Bonn rigorosamente caratterizzava i codici ¹ -, che entrando in vigore hanno abrogato " le leggi romane, le (...) consuetudini generali o locali, gli statuti": così la legge del 30 ventoso, anno XII (per il nostro calendario, 21 marzo 1804); e per il Regno napoleonico d'Italia, l'art.3 D.16 gennaio 1806; così ovviamente le disposizioni per l'attuazione del codice civile, R.D. 30 novembre 1865, art.48 c.1; così l'Einfuehrungsgesetz zum Buergerlichen Gesetzbuch, 18 agosto 1896, art.4 (con prospettiva diversa). Al paradosso di San Marino corrisponde il meno avvertito paradosso d'Europa, reso percettibile sul limitare della codificazione tedesca: il programma delle rivoluzioni liberali, messo in atto non sempre pacificamente dalle borghesie, mirando alla coincidenza di Stato e nazione, e dispiegandosi in quelle

* Non si stampano qui gli *Allegati* 1-4, messi a disposizione dei partecipanti a corso (ed annunciati nella nota 42); a parte si stampa il parere di Arturo Carlo Jemolo, che allora formava l'*Allegato* 5 (in questa rivista, pagine 141-147).

¹C. CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno* (1892), traduzione con note di A. Ascoli e F. Cammeo, Milano 1906, p.21. Lì stesso ed alle pp.37s. 57 per la legge francese 21 marzo 1804, art.7; su questa ovviamente anche ne

unificazioni legislative che furono i codici ottocenteschi ², esclusivi ed autosufficienti ed autointegranti perchè nazionali, consentì ben presto di circoscrivere le contrapposizioni meramente ideologiche, aprì la via al "concetto che le Nazioni debbono considerarsi solo come membri dell'universalità dei diritti e degli Stati": lo avvertì precocemente lo stesso Carlo Crome ³ nel 1894. Toccherà a Vittorio Scialoja uscire di retorica - tale era il suo costume - e mettere all'opera giuristi francesi ed italiani nel 1916 ⁴ - preparando una pace, che nemmeno i trattati di Versailles avrebbero garantito -, e dare alla vaga aspirazione che scaturiva da quella coscienza la concretezza d'un progetto articolato - e sarà un *Codice delle obbligazioni e dei contratti* ⁵, il capolavoro, forse,

²gettava luce su ciò V. SCIALOJA, *L'intesa giuridica fra l'Italia e la Francia*, Rivista di diritto civile, 1918, p.140. Un filo di pensieri costante in lui: riaffiora con piega nicodemistica nel discorso al convegno della Fondazione Volta, 14 novembre 1932, rist. *Scritti e discorsi politici I*, Roma 1936, p.203s. (dove Scialoja riprendeva il suo dialogo con il Savigny del Sistema).

³C. CROME, *Prefazione all'ottava edizione tedesca* (1894) di C. S. ZACHARIAE von LINGENTHAL, *Manuale del diritto civile francese*, rimaneggiato da C. Crome, traduzione con note di L. Barassi, I, Milano 1907, p.VII.

⁴V. SCIALOJA, *Per un'alleanza legislativa fra gli Stati dell'Intesa*, nel *Monitore dei Tribunali* 1916, p.921s. (già *Nuova antologia* 1 febbraio 1916).

⁵*Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927 (Anno VI)*, Roma 1928. Ad un orientamento sul *Progetto* basti ora il discorso di Mario Rotondi, cit. nella mia *Avvertenza* al volume *La legislazione societaria sammarinese*, Rimini 1990 (d'ora in poi: *Società*), p.20 n.38. Ma resta da vedere F. VASSALLI, *Insegnamento e riforme del diritto civile* (1936), rist. *Studi giuridici II*, Milano 1960, pp.470-473; *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1947), rist. *Studi giuridici III*, 2, Milano 1960, p.609 n.3.

Per la semantica di diritto comune sono preziose le parole di V. SCIALOJA, *Sulla riforma del codice civile* (1923), rist. *Studi giuridici IV*, 2, Roma 1933, p.220, quando rappresentava il progetto, allora in via di completamento, come "una legge, la quale potesse col tempo diventare diritto comune in una materia, che di sua natura non dovrebbe dar luogo a conflitti tra le genti civili legate da rapporti economici". Troppo esperto nell'arte del distinguere, Scialoja, per non avvertire subito che "la nuova era del diritto europeo", apertasi con le convenzioni dell'Aja, avrebbe visto "uniche norme in tutti gli Stati civili" (*Sulla legge di approvazione delle convenzioni dell'Aja del 1902*, discorso al Senato, 8 aprile 1905, rist. *Studi giuridici V*, Roma 1936, p.345); che lo "stabilire l'unità del diritto delle nazioni diverse" soltanto "in parte" avrebbe "ricostituito il diritto comune" (*Per un'alleanza legislativa*, cit., p.921), giovando ai Paesi europei "ricostituire l'antica unità in un senso e in una forma diversi, cioè non più su basi politiche e coattive, ma su basi volontarie, per via di accordi" (*L'intesa giuridica fra l'Italia e la Francia*, discorso alla

della scienza giuridica europea del nostro secolo -. Mentre sembrano affievolite, se non propriamente esaurite, le istanze che i codici nazionali miravano a soddisfare, gioverà qualche pausa di riflessione operosa.

La singolarità della piccola, antichissima repubblica, fra tutti i Paesi d'Europa isola di diritto comune vigente ⁶, denota San Marino

"avere in materia (...) una legislazione più che si potesse conforme tra l'Italia e la Francia e (...) tutti gli Stati (...) che avrebbero potuto aderirvi", vedeva in esso "un primo principio di quella unificazione del diritto privato che già esisteva in Europa e che noi abbiamo rotto per l'indipendenza della nazionalità" (*Per la riforma del codice civile*, discorso al Senato, 24 novembre 1923, rist. *Studi giuridici IV*, 2, Roma 1933, p.233. Paiono queste le sole parole di Scialoja suscettibili di equivoco). Opportunamente didascalico, insisterà poi, rivolgendosi ad Emilio Betti: per chi lavorò al *Progetto* "l'idea dominante fu (...) quella di ristabilire, per quanto possibile, quel diritto comune che per tanti secoli aveva retto la miglior parte d'Europa" (*Postilla alla replica del Prof. Betti*, Rivista di diritto commerciale, 1930, I, p.191).

⁶Le metafore, impiegate da molti per caratterizzare la repubblica nel mondo circostante, svolgono il motivo posto da A. PERTILE, *Storia del diritto italiano II*, 2, Torino 1898, p.259: "Colla capitolazione di Firenze, colla istituzione della monarchia medicea (1530) e coll'acquisto di Siena fatto da Cosimo I (1557), può dirsi che si spegnessero in Italia gli Stati comunali, non sopravvivendo che quello di San Marino. Rimanevano bensì ancora alcune poche repubbliche, ma queste avevano mutato in governo aristocratico l'antico reggimento a comune" (cfr. p.297s. e n.42 sull'ordinamento militare sammarinese, quale si esprime nello Statuto). Fuori di metafora, V. SCIALOJA, nota ad A. Roma, 1 dicembre 1906, rist. *Giur. sam.* 1965, p.139: "La Repubblica di San Marino (...) è nelle condizioni delle repubbliche italiane dell'evo medio e dei principi dell'età moderna" (conviene osservare subito che Enrico Redenti con il suo netto "diritto comune vigente", senza ulteriore connotazione di luogo, implicava ciò che Scialoja constatava esplicitamente nello stesso dibattito: soltanto la Repubblica di San Marino era ormai in Europa un ordinamento a diritto comune. Vedi la sua nota alla sentenza ora citata, lì stesso p.138). T. C. GIANNINI, *Della iniziativa del giudice (Vecchi e nuovi sistemi di procedura civile)*, Il Filangieri, 1901, constatato che San Marino era "detto a ragione un antico comune italiano", giungeva a vedere nella Repubblica una "molecola ribelle (...) alle leggi di gravitazione storica" (p.586, dov'è pure una pittoresca metafora botanico-orografica). Senza anacronismo considera la repubblica sammarinese ora l'"ultima fra le città-stato del rinascimento italiano" M. NOBILI *Modernità di un antico sistema giudiziario*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1980, p.1065. Qualche meraviglia suscita l'accenno di G. ERMINI, *Corso di diritto comune* (1943), rist. *Scritti di diritto comune II*, Perugia 1980, p.13 ("singolare anacronismo o, se meglio vuol dirsi, significativo ricordo di un grande passato"). Del quale Ermini sembra risentire S. DI GRAZIA, *I rapporti tra matrimonio religioso e matrimonio civile nel diritto sammarinese*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, 1988, p.94, cui l'"ordinamento giuridico

come il luogo nel quale giovani studiosi di varia nazione, perseguendo la rigorosa conoscenza del proprio passato, confrontando le vie percorse e le vie percorribili, contribuiranno a che gli stessi cittadini sammarinesi acquistino più larga e fattiva conoscenza del proprio presente; ed a loro volta, nel confronto prenderanno più vigile coscienza delle proprie singolarità nazionali nell'unità della cultura. Nella Repubblica di San Marino è un dato il vigore del diritto comune, mentre negli altri ordinamenti europei è un problema l'ultrattività di questo - se non si vuole cadere nella metafora biologica della sopravvivenza⁷ -; ed un problema che s'impone oggi perentoriamente: il paradosso europeo che si diceva. Basti notare che un tale problema non ammette soluzione rigorosa, se ci si appaghi dell'altra abusata metafora, quella della continuità - una mera tautologia, troppe volte assunta a categoria storiografica⁸; e se non lo si riduca ad altro, portando la diagnosi sul complesso delle determinazioni che intercorrono tra la forma dei rapporti umani e la loro sostanza. Fu un giurista italiano, allievo di Vittorio Scialoja - e forse il principale tra gli autori d'un codice, che ha superato la prova di mutamenti radicali nella forma dello Stato e nell'organamento della società -, a porre in luce l'estrastatualità del diritto civile⁹: che dice relativa indifferenza di

"la tripartizione delle fonti consenta una straordinaria elasticità dell'ordinamento in relazione al mutamento della vita sociale".

7 Superfluo dovrebbe essere ricordare qui le immaginazioni di Paolo Vinogradov; sulle quali, F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp.20, 29. Al Vinogradov attingeva P.I. STUCKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato* (1921, 1964), trad. Torino 1967, pp.96-98 (con lettura ironica attraverso il *Manifesto* del 1848). Che "il diritto romano sopravvisse (...)" scriveva C. Roma, 3 marzo 1906, rist. *Giur. samm.* 1965, p.102. Prima dell'ostracismo il troppo biologico della sopravvivenza (che è pure un ossimoro) merita qualche studio preciso.

⁸La troppo ricca letteratura sulla continuità non merita l'onore di una citazione (essa appartiene alla metastoriografia, più che alla metodologia storiografica). Basti al contrario vedere F. CALASSO, *Pensieri sul problema della continuità con particolare riguardo alla storiografia giuridica italiana* (1955), rist. *Storicità del diritto*, a cura di P. Fiorelli, Milano 1966, pp.263-286 (che a p.271 bene avvertiva come qui si abbia un prestito dal linguaggio dei matematici). Linee d'una ricostruzione storico-materialistica della continuità ha suggerito L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, Studi storici, 1974, p.23 ss.

⁹Citato in *Società*, p.23 n.50. Per un forte ripensamento di tutto ciò, P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano* (1973), Napoli 1986, pp.4-7. Il codice civile continua a suscitare problemi numerosi in Italia, non risolvibili con declamazioni apologetiche, né con professioni contrarie di fede. Per avvicinare la

questo al variare della costituzione, persistenza degli istituti privati nell'avvicinarsi delle istituzioni pubbliche¹⁰. Un suo contemporaneo formulava l'invito, che non vedo ancora oggi accolto, a distinguere valori e valori strumentali - frequentemente sottratti, questi ultimi, alle scelte più impegnative che una collettività si trovi a compiere di volta in volta¹¹ -.

La Scuola sammarinese di diritto comune vigente, organizzata dall'Istituto Giuridico in adempimento d'un obbligo impostogli dalla L. 26 novembre 1986 n.144, artt.2 e 5, ha per fine principale di suscitare nei giovani studiosi - cittadini sammarinesi, italiani ed europei - un più vivace interesse per l'indagine delle maniere in cui si è costituita l'esperienza giuridica nei Paesi già viventi a diritto comune: un'esperienza già compiutamente svolta, perchè ormai conclusa nel

vent'anni or sono, si riduceva ad un programma politico, non sfiorava neppure i problemi giuridici e storiografici.

¹⁰V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane*, Archivio Giuridico, 1881, p.489, aveva osservato che la distinzione del diritto privato dal diritto pubblico nell'esperienza romana "permise al diritto privato di diventare piuttosto un diritto sociale che un diritto politico e (...) favorì la sua tendenza a quella universalità, nella quale lo Jhering medesimo ne pone il massimo valore". Ed avvertendo che "l'universalità del diritto romano non fu punto prodotta da concetti astratti di metafisica; ma si venne gradatamente svolgendo per la possibilità di accogliere nel diritto privato l'azione di tutte le forze molteplici dell'antica umanità civile", aveva colto in "essa (...) la causa per la quale il diritto romano poté sopravvivere alla distruzione dell'edificio politico nel quale era nato; sopravvivere ai tumulti che tennero dietro a questa distruzione; trarre sotto il suo dominio le nuove popolazioni per quanto diverse; coesistere come diritto comune coi più svariati diritti particolari e statuti municipali; e finalmente generare il diritto civile delle grandi nazioni moderne". In queste poche righe, tutto o quasi ciò che due generazioni di scrittori varieranno, abbellendolo con accessori variopinti; e non la retorica della continuità. Scialoja aveva tagliato brusco: "Ma non bisogna illudersi: il diritto romano puro è morto, e i diritti moderni possono essere suoi discendenti, non sono esso medesimo". Quest'ammonimento ha ricordato più volte R. ORESTANO: nella prolusione genovese del 1950, rist. *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981, p.86 n.3; nella Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1985, p.589s. e n.98, rist. *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, p.506s. e n.98. Seguendo Orestano, io stesso, *Società*, p.16s.; dove pure segnalò C. Roma, 3 marzo 1906, rist. *Giur. samm.* 1965, p.104, che poneva in luce l'"indipendenza" d'un istituto civile "dall'organizzazione politica della Repubblica". Riassumendo dal Mitteis, sottolineava "la forza d'inerzia ch'è propria delle istituzioni giuridiche" F. CALASSO, *Pensieri sul problema della continuità*, cit., p.268.

¹¹A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere* 11 (XVIII), 1932-1933, § 16, ed. Gerrata, Torino 1975, p.1409 (nuovo sviluppo di osservazioni del 28 XXVIII, 1931-1932).

suo termine finale - che per i Paesi dell'Europa continentale si verificò per l'entrata in vigore del *Code civil* -; ed un'esperienza svolgentesi tuttora progressivamente, come avviene in San Marino. La tradizione romanistica ¹² formerà il campo precipuo della Scuola e verrà indagata nel suo manifestarsi multiforme e nel suo radicarsi a fondo nelle diverse nazioni. Verrebbe sminuita la funzione molteplice della Scuola, se unicamente si ponessero in luce i caratteri che la connotano quale istituzione di cultura superiore. Ai giovani studiosi di cittadinanza sammarinese, infatti, la Scuola offrirà quell'integrazione del curriculum, senza la quale difficilmente essi potrebbero intraprendere le molteplici attività che oggi competono all'operatore sammarinese del diritto - un'integrazione saggiamente prevista con l'art.5s. L.144/1986 -. Ai giovani europei, ed in specie italiani, offrirà occasioni e stimoli per quella che potrebbe risultare una persuasiva apologia dei codici, in tempi che vedono il paralogismo diffondere opinioni singolari, se non bizzarre. Guardata dall'osservatorio di questa scuola nascente, una tale apologia potrebbe forse consistere nel mostrare quanto diritto comune innervi per ultrattività materiale - non formale - la struttura ed il dettato medesimo di quei codici ¹³, che vennero posti negli Stati nazionali come antitesi di "tutte le altre leggi generali o speciali", in una parola, del diritto comune - concepito, quale fu, come sistema -; e nel mettere in più forte rilievo "l'orditura e lo stampo" che questo ha impresso nella "vita civile dei popoli europei". ¹⁴

Ma un altro paradosso rende singolare la Repubblica di San Marino, dando ragione sufficiente per i corsi che oggi iniziano, e richiamando l'attenzione sull'altro fra gli scopi assegnati a questi corsi, e individuando in una cerchia più larga i destinatari di essi - che ne sono piuttosto i protagonisti -. Se la centralità della scuola nei tempi storici del diritto comune (qualche valoroso amico vorrà concedermi in prestito l'ardita duplicazione "tempo storico") è poco più d'un gradevole *topos*

¹²Prendo queste due parole nel senso determinato da R. ORESTANO, *Diritto*, cit., pp.70, 194; *Introduzione*, cit., pp.49, 466-468 (cfr. pp.471ss.; specialmente 493, 495, 499-507). Sull'originario impiego, fattone da Salvatore Riccobono, F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, cit., p.21s.

¹³nettamente distingueva titolo e vigore delle norme Vittorio Scialoja nel discorso parigino del 1918, cit. a nota 2, p.141. Il rilievo meriterà svolgimenti adeguati, oltre l'esposizione che ne farò tra poco.

¹⁴anche queste sono parole di V. SCIALOJA, nel discorso romano del 1932, cit. a nota 2, p.203. Dove palese è il rifiuto per "la presente epoca, che potremmo chiamare del nazionalismo nel diritto" (e senz'ombra di nicodemismo Scialoja aggiunge: "Il quale [...] ha tanto poco senso quanto il voler fare della fisica

erudito di nobile ascendenza savignyana ¹⁵, indubitabile è però il disagio che il giurista sammarinese sperimenta di giorno in giorno, il disagio che rende più ardua la sua opera. Inutile tentare d'esprimere la solitudine del giurista in questa terra: soltanto la penna sottile di Giuseppe Capograssi potrebbe disegnare il ritratto dell'uomo di leggi, privo del conforto d'una dottrina. Nelle aule d'antiche Università, forse dell'*alma mater studiorum*, il giovane sammarinese ha potuto ben familiarizzarsi con un ordinamento a norma codificata, educarsi a dottrine fiorite e ramificate su codici. Tali certezze, affatto problematiche per altro, egli si lascia dietro le spalle, non appena comincia a prestare il suo civile servizio di giurista nella Repubblica. Quando nolente ripete l'esperienza che Pietro Franciosi rappresentava lucidamente nel 1913: "si trova spesso di fronte alla difficoltà materiale di non sapere a qual testo o a quale fonte ricorrere; si trova dinnanzi a difficoltà d'interpretazione, perchè non è sempre chiaramente stabilito se una legge è stata da un'altra abrogata" ¹⁶. E quanto al conforto d'una dottrina, permettetemi di tacere, per carità di patria sammarinese. Ora senza eccessi d'ambizione e senza anacronismi, l'Istituto Giuridico dando inizio a questa scuola vuole suscitare voci discrete, che non autoritariamente rompano il silenzio da cui è circondato il lavoro quotidiano del giurista. Non di rinnovellate *auctoritates doctorum* hanno bisogno i giuristi cittadini di questa Repubblica; ma sì di una scuola, di un luogo nel quale possano esprimere e confrontare opinioni ed argomenti, nel quale essi stessi formino e trasmettano il sapere; nel quale non confondendosi, ma anzi nettamente distinguendosi le mansioni diverse che a ciascuno competono, ciascuno apporti la propria esperienza, e la misuri con l'altrui senza timore di prevaricazione. Hanno bisogno d'una scuola, che sia un laboratorio.

Ma non dichiarerei per intero le distinte ragioni, che hanno indotto l'Istituto Giuridico a tentare l'esperimento di questa scuola, se

¹⁵bastino gli accenni che sono in *Società*, p.28 e n.78 (con rinvii da seguire). Classica rimane, ed ammirevole non soltanto per coerenza e per ampiezza di linee, l'esposizione di F. CALASSO, *Medio evo del diritto I. Le fonti*, Milano 1954, pp.387-389 ("[...] L'organo di questa evoluzione grandiosa [...] sarà la scienza, coadiuvata dalla giurisprudenza. Così era stato anche nel diritto di Roma: e come nelle fonti romane per *ius civile* si intese anche, per illazione, la "prudentium interpretatio" [D.1, 2,2,12], egualmente in quest'epoca con l'espressione *ius commune* si designò pure, per antonomasia, la scienza e la giurisprudenza" [dove sembrano continuare le riflessioni giovanili sul Casaregis]). Ma una ripresa del savignismo si deve oggi a P. GROSSI, *Pensiero giuridico*, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1988, pp.263-269 (quasi un manifesto, che Giovanni Tarello direbbe forse meta-storiografico).

¹⁶P. FRANCIOSI, *Legislazione civile*, Il Titano, 6 aprile 1913, rist. *Scritti*

tacessi che un interesse tutto speciale muove i cittadini italiani, fra gli europei, a cercare se stessi nell'esperienza persistente dei sammarinesi. E se prendendo ironicamente in prestito dalla topologia analitica un ossimoro geo-politico - privandolo però d'ogni suo originario valore metaforico e riducendolo all'etimologia -, non vi sollecitassi a considerare la Repubblica di San Marino appunto quale è, vista dal confine della Repubblica italiana, *un territorio estero interno*. Da questa pur breve distanza i contorni del sistema sammarinese risulteranno più netti, ed il confronto con i sistemi codificati più istruttivo.

Come Stato sovrano, in cui non si è verificata quella soluzione di continuità che nelle altre terre d'Europa è la sigla delle rivoluzioni compiute dalle borghesie nazionali - uno schietto *hapax* storico-giuridico italiano ed europeo-, la repubblica di San Marino è un ordinamento nel quale vigono insieme il diritto comune, lo Statuto tardo-medievale, le consuetudini, le sporadiche riforme dello statuto, le leggi successive alla restaurazione dell'Arengo (25 marzo 1906); e si compongono in un sistema¹⁷, regolato da una costituzione di cui soltanto i principi generali sono stati dichiarati (L. 8 luglio 1974 n.59), e retto da quella costante nella quale si è riconosciuto appunto il carattere dei sistemi a diritto comune: le norme si susseguono nella stessa materia non per abrogazione tacita (non fa problema l'abrogazione espressa), ma per deroga¹⁸. Nessuna di esse consiste, se

¹⁷Statuti, Lib.I, tit.13 (§ 18 [Raccolta delle leggi e decreti della Repubblica di San Marino, Città di Castello 1900, p.10]) e tit.31 (§ 38 [Raccolta, p.30]), Lib.II, tit.6 (§ 144 [Raccolta, p.74]). Il §38 si vede allegato da V. SCIALOJA, nota ad A. Roma, 1° dicembre 1906, rist. *Giur. samm.* 1965, p.140; dal T. Comm. 10 maggio 1914, *Giur. samm.* 1911-1920, p.53a; T. Comm. 28 agosto 1938, *Giur. samm.* 1963, pp.86, 91. I §§ 18 e 38 sono allegati dalla C. Roma, 3 marzo 1906, rist. *Giur. samm.* 1965, p.103; A. Roma, 1° dicembre 1906, cit., pp.113, 117, 120; dal T. Comm. 10 aprile 1963, *Giur. samm.* 1965, p.253; dal G.d.A. 30 luglio 1963, *Giur. samm.* 1965, p.46; e da G. RAMOINO, *Giur. samm.* 1965, p.156 n.2. I §§ 18 e 144 sono adottati da V. SCIALOJA, nota ad A. Roma, 1° dicembre 1906, cit., p.139 n.2. I §§ 38 e 144 da T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese* (1901), San Marino 1967, p.18 n.10; e dal T. Comm. 20 giugno 1923, *Giur. samm.* 1923, p.32a. I tre paragrafi dall'A. Bologna, 18 gennaio 1937, *Giur. samm.* 1933-1934, p.237 (con errore di stampa riconoscibile). Il solo § 18 adduceva P. CALAMANDREI, parere al Consiglio dei Dodici, 16 giugno 1948, *Giur. samm.* 1963, p.12.

¹⁸riprendo alcune osservazioni proposte in *Società*, pp.23-25. Nettissimo V. SCIALOJA, nota ad A. Roma, 1° dicembre 1906, cit., p.139; ridondante il G.d.A., 30 luglio 1963, *Giur. samm.* 1965, p.46, che pur non ignora la decisione Scialoja del 1924, ma coacerva "efficacia abrogativa e derogativa". Basti qui un esempio ottocentesco: il D. 15 febbraio 1888 "derogava" l. 1 alle Rub XV [88 205-212] e

non quale momento d'un sistema, intrinseco ad esse e non sovrapposto; di un insieme non predeterminato con una norma di chiusura¹⁹, ma determinantesi in modo vario secondo il variare di ciascuna norma, incline al mutamento. La storicità del diritto comune non appartiene al novero delle declamazioni neo-idealistiche, quasi fosse un'ideologia di secondo grado rispetto a quell'ideologia primaria che s'esprime nelle parole della cancelleria imperiale: "[...] *humani [...] iuris condicio semper in infinitum decurrit, et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit*" (C.1, 17, 2, 18 const. *Tanta*, anno 533)²⁰. Per il diritto comune la stessa distinzione fra storia e sistema, genesi e struttura, cade nella sfera dei "concetti astratti di metafisica" - per usare parole del giovane Scialoja²¹-. Se proprio non sappiamo rinunciare ad una tale distinzione, se vogliamo considerarla iscritta *a priori* nella nostra mente, sarà prudente impiegarla con quell'ironia che discende dal saperla estranea all'oggetto osservato; e se utile, utile soltanto per facilitare il nostro primo orientamento verso i dati; come la doppia categoria di spazio e tempo, cui si riduce sotto alcuni riguardi (non per caso i grandi bolognesi praticavano proprie cronologie, non per caso una fede mal riposta nelle nostre categorie induce alcuni studiosi a trattar brutalmente i dati)²². In sistema si compongono le norme per la tensione fra quell'*in infinitum decurrere* dei precetti ed il loro essere in *omne aevum servanda* (const. *Omnem* 11; ed ancora const. *Tanta* [C.1, 17, 2,] 23; ed ancora C.3,1,14,1 ["in perpetuum valituram legem"]). L'esito è una stratificazione ininterrotta della disciplina, sicchè la vicenda delle norme sammarinesi non già riproduce in laboratorio, ma è

Risultano necessarie ricerche sulla successione delle norme in San Marino, momento di ogni auspicabile studio del sistema (per il contributo di E. Spagna Musso, cfr. *Società*, p.24 n.57). Appare schietto sistema del diritto comune "il coordinamento fra norme [...] secondo il principio di specialità", imposto dall'art.49 L.11 dicembre 1974 n.86 (anch'esso bisognoso di indagine).

¹⁹nel codice italiano dell'unificazione il sistema è imposto dall'insieme degli articoli 48 disp. trans., 3 e 5 disp.prel. In *Società*, p.17 n. 21, un accenno alla formulazione briniana dello *Schema per un codice civile nella Repubblica di San Marino*, Bologna 1898, art.II.

²⁰testo bellamente ignorato nelle declamazioni medievali intorno agli statuti (un vero genere letterario); ed ignorato dagli odierni scrittori di manuali, regolarmente dediti ad impiegare quali categorie storiografiche i dati nella loro immediatezza.

²¹*Sul metodo d'insegnamento*, cit. nella nota 10.

²²in *Satura lanx* 6, *Annali Perugia*, 1976, p.31, indicavo un esempio di metastoriografia: la glossetta azzoniana che sforza arditamente un brano del

quella stessa che percorsero le società europee prima di darsi le costituzioni sette- ed ottocentesche e prima d'imboccare la via delle codificazioni.

Come risulta da indagini recenti, le rappresentazioni per antagonismi, care alla storiografia europea e riducendosi alla figura retorica della prosopopea (diritto comune contro diritto proprio; e da altre angolature, principio romano contro principio germanico, o senz'altro germanesimo contro romanesimo, e via dicendo), esprimono ideali storici nazionali ripetendo il dato, ed impiegano come categorie storiografiche certe categorie storiche; sicchè le pagine dei manuali sono repliche della medievale *dottrina degli statuti*: appartengono all'ideologia più che alla storiografia. Un tale giudizio recente va confermato, anche se richiede fondamenti diversi. Le indagini cui alludevo impongono la rinuncia a visuali retoriche, la cui funzione appare consumata nel costituirsi degli Stati nazionali; e fanno chiaro ormai che nel diritto comune il sistema caratterizza la struttura della disciplina, rendendo coerente nelle sue varie stratificazioni il testo normativo; mentre nei codici il sistema è testuale, non inferito ed imposto dalla concorrenza di norme. Questa è del resto la vera lezione di Francesco Calasso²³, fraintesa da non pochi. Il sistema diritto

²³ qualche riferimento in *Società*, pp.16 n.16, 23 n.51 (dove non citavo l'esposizione conclusiva, perchè nota a tutti: F. CALASSO, *Medio evo del diritto I*, cit., specialmente pp.387-389, 470; nè *L'Elogio della polemica* [1950], rist. *Storicità del diritto*, cit., specialmente pp.109s., 111-117; nè *L'Europa e il diritto romano* [1962], rist. *Annali di storia del diritto*, 1965, p.22 n.1; nè *Colloquio con i giuristi* [1959], rist. *Storicità del diritto*, cit., p.162). Basti osservare che sul "contenuto del diritto comune" insisteva un tenace contraddittore: E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935, p.20; mentre A. ROTA, *Diritto comune*, Enciclopedia cattolica, IV, Roma 1950, continuerà a meditare sulla "continenza sostanziale del diritto comune", distinguendola dalla "continenza storica" (cc.1719, 1720), ed a contemplare il diritto comune "in suo esse" (c.1720).

Il rinnovamento metodologico iniziato nel terzo decennio di questo secolo da Francesco Calasso (per il contesto sammarinese, cfr. *L'acquisto della cittadinanza secondo il diritto comune vigente nell'ex Stato pontificio* [1948], *Giur. samm.* 1963, p.509) fu subito un'indagine strutturale: vedi come il giovane studioso analizzasse *Il concetto di diritto comune* (1934), rist. *Introduzione*, cit., pp.33-76 (specialmente pp.48-53, 59). Quel saggio fu per altro il manifesto della sua storiografia; e non sfuggì all'attenzione di W. BIGIARI, *Appunti sul diritto giudiziario* (1933), rist. Padova 1989, pp.46s. n.27, 48 n.31 (cfr. p.45 n.25); e di A. C. JEMOLO, *Breve memoria* (1937; qui *Allegato 5*); per taluno fu soltanto la fonte, cui attingere il brano del Casaregis nel commento agli statuti genovesi, citato da F. Calasso a p.74. Qui importa osservare che la considerazione strutturale del diritto comune era netta in Scialoja; e diretta, non mediata da generali istanze di metodo, nè conseguente ad una disamina delle aporie in cui si dibatteva la tradizione storiografica. Basta leggere davvero quel suo *dictum* del 1924 (G.d.A. 12 agosto

comune si articola in una pluralità di dimensioni, che nel codice vengono proiettate su un solo piano (considerate ancora il citato art.48 c.1 disp. trans. 1865; ed il vigente art.8 c.1 disp. prel.). Ciò si vedrebbe già nettamente, se la migliore storiografia non si riducesse pur qui alla replica ingenua dei dati. Non sempre per fedeltà a canoni del neoidealismo, pur nella formulazione prudente di Federico Chabod²⁴, le rappresentazioni del codificare amano *prendere in parola* ciò che i primi legislatori per codici *sentivano e narravano di se stessi*²⁵, tendono a farsi agili parafrasi dei ponderosi verbali del Consiglio di Stato - se appunto vi basta il solo esempio del *code civil* -. Alla stessa maniera le raffigurazioni del diritto comune, che abbiamo perlustrato o contemplato da ragazzi sulle pagine di troppi manuali, con occhi sbalorditi e talvolta increduli, sono repliche, più o meno riuscite, più o meno consapevoli, delle rappresentazioni coeve al fenomeno²⁶. Così stando le cose tanto per i codici quanto per il diritto comune, era quasi inevitabile un apologetico scavo delle *basi romanistiche del codice civile*; contro la quale apparente archeologia dimarziana non bastano le sagge precisazioni di Pietro De Francisci²⁷. Altri sono i problemi che devono affrontarsi per una stratigrafia del codice civile, altri che un semplicistico repertorio di *fonti* - individuate con illusione positivista -, o di *precedenti legislativi*; da ragionare evitando di ridurre il presente

Scialoja, la consuetudine mercantile, già nota al Casaregis (*Disc.* 144), si manifesta nella compagine del sistema: come fonte di disciplina, deroga al *ius civile*, e perciò a questo medesimo inerisce quale eccezione a regola.

²⁴ Alcune questioni di terminologia: *Stato, nazione, patria nel linguaggio del Cinquecento* (1957), rist. *L'idea di nazione* (1943-1944), Bari 1967, p.141s. (frequentemente equivocado).

²⁵ contro "l'illusione dell'epoca stessa" ancora invano sembra scritta *L'ideologia tedesca* (1845-1846), trad. F. Codino, Roma 1973, pp.31-33, 36s., 39. Con singolare paradosso la più sorvegliata rappresentazione del codice immetteva nella propria struttura i tratti dell'ideologia: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p.19s.

²⁶ pur quella di G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, cit., p.142s., non ostante la prudenza. Ogni cautela era accantonata da Giacomo Ramoino nella decisione citata in *Società*, p.24 n.59.

²⁷ riferimenti in *Società*, p.17 n.23s. Per compilazioni ottocentesche sul primo codice civile del regno unificato, F. CALASSO, *Introduzione*, cit., p.26 n.31;

al passato²⁸. E speculari a quelli da individuare e risolvere per una compiuta ricostruzione del diritto comune²⁹.

Tutto ciò basterebbe a rendere necessaria per i cittadini italiani una precisa conoscenza delle cose sammarinesi, mentre taluno getta

²⁸la consapevolezza delle discontinuità è vivissima in G. CONSO, *Problemi di metodo e scelte di fondo*, nel volume *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova 1989, pp.170, 172s. (in una tale acuta coscienza si manifesta un obbligo morale, che è pure giuridico per l'art.12 c.1 disp.prel.).

²⁹poiché vi so tutti educati sulle pagine del codice civile, credo sufficiente invitarvi a leggerne stratigraficamente l'art.2077, una norma sulla quale sembra incline al silenzio la dottrina più avvertita, quando non vi scorga un "dettato corporativo". Cfr. G. GHEZZI, *Intervento* al III Congresso nazionale di diritto del lavoro (1968), rist. *Il diritto sindacale* a cura di G.F. Mancini e U. Romagnoli, Bologna 1971, p.289: "[...] quell'enunciato ormai largamente screditato che si legge nell'art.2077". Ma problematico si mantiene U. NATOLI, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1981, p.98: "E' ancora controverso se certe regole [proclamate nella Carta del lavoro], che hanno trovato enunciazione nel codice (per esempio quella dell'art.2077) ne siano veramente tipica espressione e debbano, perciò, ritenersi ugualmente cadute". Non alla generale disciplina del contratto collettivo corporativo, trasmigrata dalla L.3 aprile 1926 n.563 (art.10), attraverso il R.D. 1 luglio 1926 n.1130 (art.54 c.1s.), nel codice civile (art.2067ss.) si deve risalire per intendere di questo stesso codice l'art.2077; ma piuttosto alla consolidata giurisprudenza dei collegi probivirali, rigorosamente esemplata sul codice civile del 1865. Enrico Redenti si trovò a ridurla in sistema con il *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma 1906: un'opera geniale, che non trova paragone nella giurisprudenza europea (se non m'inganno); da cui trarremmo insegnamenti molteplici, se non la conoscessimo sotto specie di pura dottrina da quando l'introduzione venne inclusa fra gli *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo II*, Milano 1962, pp.577-647. Tutto ciò visto, cade ogni dubbio sulla congruenza della norma all'ordinamento repubblicano, considerata la sua occasionale inerenza alla sovrastruttura corporativa. Per diverse ragioni, nessun dubbio investe a San Marino il vigore del principio che fa inderogabile il contratto collettivo: lo si evince dal disposto congiunto degli artt.9, 11 ed 8 L.17 febbraio 1961 n.7.

Come la necessaria stratigrafia del codice non si esaurisca nell'elenco dei precedenti normativi dichiarati dal legislatore o da qualche suo esegeta ufficioso, ma risulti attraverso indagini spregiudicate, vedrete dal breve saggio di Franco Alunno Rossetti sopra "un istituto prettamente italiano, perchè elaborato dal diritto comune" (così qualificava la rescissione dei contratti il guardasigilli nella *Relazione alla maestà del re imperatore* [1942], Roma 1943, § 658, p.430). Una stratigrafia dell'art.1448 non si limita al riferimento di C.4.44,2 (S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino 1950, p.265), al richiamo della "nostra millenaria ininterrotta tradizione" (ancora il guardasigilli, *Relazione*, cit., § 12, p.34), o dei "principi della solidarietà corporativa" (art.1175, dove Arturo Carlo Jemolo vide inspiegabilmente una "eticizzazione del diritto privato"). E se è necessaria per i cittadini italiani, lo è non meno per i sammarinesi, chiarendo la loro

ancora l'allarme in Italia sulla crisi del codice, o la saluta con letizia; ed altri si accinge alla difesa del codice impiegando la persistente ed ovvia distinzione fra "legge generale dei rapporti privati" e legislazione speciale, o addirittura quella meno ovvia tra "i valori in cui crediamo, espressi nel codice", e le "regole" sancite in questo - permanenti i primi, non le seconde - ³⁰. Vorrei sperare che l'inestinguibile neoguelfismo storiografico non generi illusioni vacue dinanzi alla congetturata "rinascita" di un "diritto 'comune' a privati e a pubblici operatori, che esisteva [...] in passato"³¹. Carattere proprio di San Marino è il suo appartenere interamente alla nazione italiana³², essendosi peraltro l'antica repubblica mantenuta estranea al grande esperimento delle costituzioni e dei codici. Qui la necessità di mettere allo scoperto le radici del diritto vigente si rivela identica per i sammarinesi e per i cittadini italiani, diverso ed anzi opposto risultando l'effetto della ricognizione ³³. Inutile sarebbe dare esempi ora, per quanto significativi ³⁴.

³⁰F. SANTORO-PASSARELLI, *Il codice e il mantenimento dei valori essenziali* (1979), rist. *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli 1988, pp.34, 38.

³¹M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Enciclopedia del diritto, XII, Milano 1964, p.866, "rileva la tendenza" con la cautela opportuna. Sulla "formula equivoca", rilievi di F. GALGANO, *Uso alternativo del diritto privato*, negli atti *L'uso alternativo del diritto I*, Bari 1973, pp.141-143. Sulla "fuga nel diritto privato", M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* (1976), Bologna 1986, p.34. Ma anche su ciò resta da vedere F. VASSALLI, *Concetto e natura del fisco* (1908), rist. *Studi giuridici III*, 1, Milano 1960, pp.107-114, 118.

³² riferimenti in *Società*, pp.19 n.33, 22 n.47.

³³per quelle discontinuità che distinguono l'esperienza giuridica italiana. Senza riandare i dibattiti accesi - non controversie di scuola -, cui accennavo in *Società*, p.16s. e n.20s. (con riferimenti, ai quali si aggiunga F. CALASSO, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune* [1938] rist. *L'unità giuridica dell'Europa*, a cura di P. Fiorelli, s.l., 1984, pp.38-41), basti leggere C.Roma, 2 maggio 1908, rist. *Giur. samm.* 1965, p.152: "Il diritto comune non ha vigore nel regno". E per altro si tenga presente l'esortazione di Giovanni Conso (qui, n.28) agli studiosi del processo penale.

³⁴Meriterà uno studio attento la vicenda che Giacomo Ramoino decideva il 2 luglio 1966 (causa 175/1961, *Giur. samm.* 1964-1969, pp.324-330), appoggiandosi per il merito a due sentenze di Vittorio Scialoja altrimenti famose (pp.326, 327). Questa parte della motivazione, mal acconciandosi col dispositivo, induce a congetturare una qualche lacuna nella stampa). E se con ragione ho biasimato anch'io il ricorso troppo frequente alla *lex loci viciniioris* nella giurisprudenza sammarinese degli

Ciò visto, risulta che il problema diritto comune ha bisogno di essere determinato con il più fermo puntiglio storiografico, perchè non

semplistiche, nel senso in cui lo diceva Francesco Schupfer -. Giacomo Ramoino con una prosa contorta, quanto intricato era il problema, poteva motivare in diritto quella decisione - ed insieme giustificare l'orientamento da lui impresso alla giurisprudenza commissariale -, osservando che "il diritto comune non può non essere conforme al [...] diritto italiano in base all'influenza su di esso, diritto comune, esercitata dal [...] concetto germanico della "comunione in mano comune"" (p.328. La causa fu perduta per l'Associazione Amici della Casa del Popolo, passando in giudicato la sentenza del Giudice delle Appellazioni civili, 10 agosto 1967 [il stesso, pp.186-201]. La vicenda è un esempio istruttivo di conflitto politico in veste di lite giudiziaria). Troppo facile sorridere di quell'astrologia storico-giuridica degli "influssi", in cui l'infaticabile Commissario riponeva ancora la sua fiducia; e di quell'incontrarsi e riconoscersi fra "concetti" (prosopopea da manuale); e di quella perentoria identificazione di "elementi", attivi per linee parallele nel diritto italiano codificato e nel diritto comune sammarinese (in quello che altrove Ramoino designava solmianamente come "diritto intermedio", e che è pure tutt'uno con il diritto italiano precedente la codificazione. Più che trasparente il riferimento a tesi agitate nella dottrina italiana sul codice civile del 1865: per mia comodità cito R. de RUGGIERO-F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato* [1937], I, Messina 1954, p.537s. e n.3). Spontaneo, ma inutile sarebbe riguardare con sopracciglio un così ingenuo naturalismo. Il problema resterebbe insoluto, perchè determinato male; e bisognerebbe ancora tentare di definirlo con rigore. Accantonati i riferimenti incongrui, ed ogni altro difetto di logica formale (in specie la *petitio principii*, cui si riduce l'argomento), Ramoino sosteneva che nel silenzio degli Statuti ed in mancanza di consuetudini, dovesse applicarsi il diritto comune, quale emergeva per la materia in discussione dal codice civile del "vicino regno" (così il Commissario alludeva al Regno d'Italia: 20 giugno 1923, causa 69/1921, *Giur. samm.* 1923, p.30a; citata in *Società*, p.18 n.27, con altri riferimenti). Resta da vedere se Giacomo Ramoino riecheggiasse una tesi di Vittorio Scialoja, formulata in base all'art.46 della convenzione di buon vicinato, 28 giugno 1897, ovviamente limitata per il contesto al solo diritto internazionale privato, ma non recalcitrante ad immetodiche generalizzazioni: "accettandone l'amichevole protezione, è manifesto che in materia di diritto internazionale la repubblica debba ispirarsi al diritto del regno e da esso prender norma, quando norme speciali manchino nei suoi statuti. Esso costituisce, in ogni modo, il diritto comune delle genti italiane, alle quali anche il popolo di San Marino appartiene" (nota ad A. Roma, 1 dicembre 1906, cit., p.144. Per altri riferimenti su quest'ultimo punto, vedi ancora *Società*, pp.19 n.33, 22 n.47). Ma è certo che G. Ramoino ragionava nel 1966 come aveva deciso la causa del 1923 (ora citata, p.30b). Del tutto indipendente dalla tesi di Vittorio Scialoja il fantasioso *mos Italicus*, laboriosamente inseguito ed inventariato da G. PACCHIONI, *Parere per la verità circa l'eredità ab intestato del defunto Prof. Giovanni Palotta*, Milano 1937, pp.6s., 19; e *Postilla al parere*, lì stesso, pp.7, 14 (per intendere la sua ardentissima opinione, conviene leggere ciò che il Pacchioni contemporaneamente scriveva nel manuale, citato da R. ORESTANO *Introduzione*

è un puro problema storiografico³⁵. La ricerca deve connotarsi per il massimo di rigore ed il minimo di ridondanza o futilità, rinunciando in principio alla preziosa erudizione - premio a se stessa, indirizzata com'è a certezze irrefutabili, conseguite una volta per tutte - ed acconciandosi alle approssimazioni successive; deve svolgersi come un'indagine di struttura, non più come una "ricerca di essenze"³⁶. E' tempo di riprendere ormai la strada dal punto in cui Francesco Calasso dovette interromperla. Senza la sua guida, ed anzi rammaricandoci che non ci assista oggi la critica di quel maestro vero, dovremo pure misurarci talvolta con lui e con qualche suo antagonista.

La considerazione strutturale del diritto comune, regolata dall'ottica del sistema, è la sola che del resto consenta di discernere il contenuto dei precetti e la loro ragione di validità. E forse permetta di definire il problema centrale, che non tollera ulteriori dilazioni, fuori d'ogni retorica di continuità - o di sopravvivenza, figura gemella -. Riservata ai metafisici l'"essenza del diritto comune", agli spiriti sensibili volentieri lascerò ogni metafora, che traduce in parole suggestive i termini stessi del problema, senza chiarirli ed ancora meno comporli in sequenze ragionate. Pochi e sicuri passaggi conducono a vedere che le definizioni del diritto comune, in quanto riduzioni di questo ad altro, sono traslati. Un florilegio - per giocare appunto ironicamente di metafora - delle più fortunate immagini, con le quali

³⁵ben se ne avvide Giacomo Ramoino: T.Comm. 28 agosto 1938, *Giur. samm.* 1963, p.87: "Concepire il diritto comune nell'uno o nell'altro modo non è questione teorica, ma pratica: e, per di più, con influenza decisiva nella presente causa". Un ipercritico troverebbe dell'ovvio in queste parole. Da una visuale più ampia F. CALASSO, *Introduzione*, cit., p.26s.

Locuzioni ricalcate sul tipo "problema storico del diritto comune" conservano l'impianto sostanzialistico. Le loro implicazioni sono evidenti, ma conviene renderle esplicite: è esistito un diritto comune; compito dello storico è descriverne la formazione e gli esiti attraverso le variazioni: qui sorge il problema, che per l'appunto è prettamente storiografico. Nessuna meraviglia, se Guido Astuti potrà accogliere la formula (basti vedere G.d.A. 30 luglio 1963, *Giur. samm.* 1965, p.46). Sarà prudente intendere che problematico è lo stesso diritto comune dinanzi ai dati coevi, che ben lo attestano, ma non potrebbero accogliersi come descrizioni del fenomeno. Conviene ricordare che *problema storico del diritto comune* è locuzione costante di Francesco Calasso: dà il titolo ad un saggio del 1939, rist. *Introduzione*, cit., pp.77-136. E si vedano ancora *Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea* (1953), rist. *Storicità del diritto*, cit., pp.203-226; *Citramontani, Ultramontani e il problema storico del diritto comune* (1954), rist. *Storicità del diritto*, cit., pp.227-260. Ma tutta l'opera del maestro s'incentra su di esso, rendendo superfluo uno spoglio lessicale.

molti hanno tentato di raffigurarsi il diritto comune, le chiarirebbe per quello che sono, schiette tautologie, veri *idem per idem*. Il tropo della continuità si trovava a suo agio in quell'esposizione di motivi, che fu la relazione del conte Grandi a sua maestà Vittorio Emanuele³⁷, ma ripete i dati e li traspone in pure idee, rendendoli sfuggenti; e del resto non giova poco nè punto alla comprensione delle norme; anzi contribuisce a renderla quasi impossibile³⁸. La metafora della sopravvivenza lascia campo aperto alle vane bizzarrie dell'antropomorfismo. Poco ci dice, o troppo: ci dà insieme la notizia che quel tale organismo (ironicamente qualificato *corpus*) è morto (per il venir meno dell'ordinamento cui ineriva), ma che pure non è affatto estinto (conserva un qualche suo vigore). Quella metafora consolatoria (Giorgio Manganelli direbbe che è un letificante ossimoro) ci sospinge affettuosamente verso la contemplazione metafisica *de immortalitate animae*. Per non sfiorare neppure i massimi problemi, basti ora constatare che essa esprime ed insieme fomenta gli entusiasmi per il diritto romano, inteso non come un diritto, ma come il diritto - e se preferite usare la frase d'Edgar Quinet, per "il diritto romano" venerato come "la Bibbia della ragione"³⁹ -: parole ricche di risonanze, ma scarse di costruito, e non per aridi motivi di ortodossia storicistica⁴⁰. Resta il problema, non scalfito: la presenza del diritto comune in quell'antitesi di esso che è il codice civile⁴¹.

³⁷ qualche dato in *Satura lanx* 13, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1979, p.312; *Rescissione del contratto*, Enciclopedia del diritto, XXXIX, Milano 1988, pp.933s., 935.

³⁸ *Rescissione del contratto*, cit., p.966. Quanto ad un altro istituto, *Visioni e revisioni storiografiche*, negli atti del seminario su *Prelazione e retratto*, coordinato da G. Benedetti e L.V. Moscarini, Milano 1988, p.650ss.

³⁹ *Le rivoluzioni d'Italia* (1851), trad. C. Muscetta, Bari 1970, p. 229.

⁴⁰ contro questa patriottica fantasia già bastavano C. FADDA-P.E. BENSÀ, *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, in calce a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad., Note al Libro primo, IV, Torino 1926, § 23, nota 1, p.21.

⁴¹ è da pensare ciò che Francesco Calasso scriveva, nel "prospettare il problema storico del diritto comune" in Francia: "[...] come la lingua francese non è altro, nel suo fondamento storico, se non la lingua latina come i Francesi oggi la vivono, così il diritto francese, che il codice della rivoluzione regola ancora dopo un secolo e mezzo, non è altro, nel suo fondamento storico, se non il sistema del diritto comune, del quale tutt'oggi perpetua il linguaggio tecnico, gl'istituti, i principi": Citramontani, *Ultramontani e il problema storico del diritto comune* (1954), rist. *Scienze del diritto*, cit. n.252 (dove s'intrecciano imprevisti savigniani e polemica

La considerazione strutturale del diritto comune permette un inventario preciso dei dati e conferisce rilievo alla funzione di ciascuno. Non basta che il precetto sia identico in un contesto ed in un altro: ciò bene importa, ma non meno importa la ragione del suo vigore. La considerazione strutturale non esclude, anzi comprende l'inventario delle rappresentazioni del diritto comune, delle immagini in cui questo s'è via via rifratto⁴². Soltanto non si esaurisce in quest'inventario - nè dà la palma ad una o ad un'altra fra quelle rappresentazioni⁴³ -. Per diverse ragioni è necessaria oggi una semantica rigorosa del diritto comune, che sarà un capitolo di quella semantica del giuridico, verso cui ci si è appena incamminati⁴⁴; e ridurrà il pericolo di quelle

francese sancito dal *Code civil* è il diritto romano come oggi i Francesi lo vivono. Ed è qui il segreto della sua forza d'espansione nei più disparati paesi del mondo civile". Alla formula suggestiva non consentirei immediatamente, considerati i caratteri del sistema nei due insiemi di norme e visto che essa importa una paradossale rivincita dei disposti sulla struttura (ma questa è una difficoltà locale). Con l'opinione di Francesco Calasso, ben più che un ritorno a Scialoja, convergeva significativamente G. ASTUTI, *Il code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori* (1969), rist. *Annali di storia del diritto*, 1970-1973, specialmente pp.14s., 16; mentre Giacomo Ramoino era già apparso orientato in questa direzione, pur con argomenti che lasciano perplessi (cfr. qui la nota 34).

Qui sopra ho detto *presenza*, per impiegare una parola incolore, dalle risonanze minime. Senza nascondere però che essa una risonanza inevitabile suscita, giacchè dire presenza del diritto comune è negare l'appartenenza di questo al *passato*. Con ciò non viene suggerita alcuna soluzione, soltanto si indica l'insieme dei dati. Di fronte ad essi fanno problema il titolo e le modalità di quella presenza. Che non è il "problema storico del diritto comune" (cfr. nota 35), ma semplicemente il problema diritto comune - e questo è uno schietto problema giuridico -.

⁴² l'ho promesso in *Società*, p.16 n.17. Gran parte dei materiali sammarinesi ho raccolto qui negli *Allegati* 1 e 2 (rispettivamente, indice ed estratti di sentenze); mentre l'*Allegato* 3 riunisce alcune mie schede di lavoro; l'*Allegato* 4 dà brani di varia dottrina, e un inedito parere di A. C. Jemolo forma l'*Allegato* 5. Quest'inventario di rappresentazioni, abbiano esse finalità immediatamente decisorie oppure conoscitiva, sarà come una galleria di ritratti del "personaggio diritto comune"; i quali, com'è da prevedere, saranno a loro volta autoritratti di chi li pennelleggiava: determinati punto per punto dall'interno in cui furono posti, cioè dalla lite cui inerirono (si ricordi la confessione di Giacomo Ramoino: qui, n.35).

⁴³ come è accaduto a G. ERMINI, *Corso*, cit. nella n.26; e forse ad uno studioso ancor più sorvegliato: G. CASSANDRO, *La genesi del diritto comune*, negli atti del convegno *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*, Perugia 1980 p.62s.

⁴⁴ sulle avventure di *lex* vedi *Satura lanx* 11, *Studi in memoria di Giulian*

confusioni di tempi e circostanze, il pericolo di quegli anacronismi, che non soltanto impediscono la conoscenza del passato (poco male), ma inclinano a scelte pratiche irrazionali⁴⁵. Se nel regno d'Italia e poi nella

convegno *Società e istituzioni dell'Italia comunale. L'esempio di Perugia*, Perugia 1988, pp.370 n.7, 391, 398, 421, 436-438, 443. In specie la semantica di *statutum* potrebbe gettare la luce del dubbio su alcune piacevoli credenze, coltivate da studiosi pur sorvegliatissimi: C. MALAGOLA, *L'archivio governativo della Repubblica di San Marino* (1891), ripr. San Marino 1981, pp.54s., 227 (che vedeva la "prima menzione di statuti" in un documento del 2 aprile 1253). Del tutto ragionevoli trovo perciò le perplessità di C. BUSCARINI, *Cronaca e storia in cento lettere di Marino Calcagni*, Studi sammarinesi, 1989, p.17 n.8 (che vedo ora, mentre correggo le bozze).

⁴⁵non bastano i rilievi di Gino Gorla sugli "ammaestramenti", che "si voglion trarre per odierne imprese di unificazione del diritto, da compiersi per vie e con metodi nuovi, [...], ma fondate sulla rinascita della idea o dello spirito dello *ius commune*". Quanto all'orientamento espresso dal David, si confronti appunto G. GORLA, *Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale* (1977), rist. *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, p.656s. e n.12, con riserve da condividere. Può accadere di vedere addotta sì la pagina di Vittorio Scialoja, citata qui nella n.4, ma tolta dal contesto cui ineriva, e resa perciò iriconoscibile negli scopi e nelle circostanze e nei tempi (si potrebbe dire che l'equivoco nasca da un banale errore di cronologia). Da questa distorsione ottica non sembra immune lo stesso Gorla, vedendo egli Scialoja attraverso le cortine di quella canonizzazione, che si tentò con la raccolta celebrativa degli scritti (da p.656 n.12 rinvia infatti a *Studi giuridici* IV, 2, Roma 1933, pp.189-235, dove tutto viene proiettato su un piano e perde perciò la sua dimensione: qualcosa era pure accaduta fra il 1916 ed il 1923 in Italia ed in Europa). Faceva ben differenza scrivere certe parole nel febbraio 1916 sulla prima pagina della *Nuova antologia*, ed affidarle subito al milanese *Monitore dei Tribunali* (non al familiare *Foro italiano*), e ripeterle nel 1918 a Parigi, ed ancora nel 1923 due volte in Senato, ed irrompere nel singolare duello ingaggiato da Emilio Betti con Mariano D'Amelio nel 1930, e ridire poi le stesse parole nel novembre 1932, rivolgendosi anche ad alcuni personaggi, rivestiti di camicia bruna, ed aggiungendo staffilate sui *nazionalismi giuridici* "moltiplicati ed esaltati". Del resto Vittorio Scialoja distingueva precisamente i tempi, mettendo in guardia contro gli anacronismi (si confrontino le sue pagine, citate qui nella n.5). Pressoché inevitabile è poi l'equivoco sul progetto italo-francese del 1928, calato in questo magma indistinto (G. GORLA, cit., pp.655 n.8, 658 n.14, 702). Dello stesso GORLA è da vedere *Il ricorso alla legge di un "luogo vicino" nell'ambito del diritto comune europeo* (1973), nella raccolta cit., p.619 ("Il "diritto comune europeo", di cui sto parlando, non è quello in fieri della Comunità Europea"). Vorrei leggere un monito contro gli anacronismi in G. CASSANDRO, *La genesi del diritto comune*, cit., p.60 e n.9: "Al diritto comune come a modello o a strumento per la costruzione di un diritto europeo si guarda ancora oggi, ad esempio dal David, che non soltanto evoca l'epoca del diritto comune vigente in Europa prima della codificazione come l'epoca di un diritto unitario, [...], ma auspica [...]" (il Cassandro citava poi Gino

repubblica italiana il diritto comune, oltre le apparenze, non è stato l'oggetto preferito di vane diatribe scolastiche, sollecitando anzi o accompagnando scelte di valori in conflitto⁴⁶; a San Marino per il suo stesso rimanere norma vigente è luogo sì di valori, ma cade fuori dell'ideologia, imponendosi come regola del vivere associato - cioè schema per la civile composizione dei conflitti fra privati, singoli che siano oppure individui congiunti da vincolo stabile e personificante -.

La considerazione strutturale del diritto comune non può prendere come punto di vista unificante la dottrina, ma tutta e solo l'esperienza nella sua circolarità. Se ciò è necessario per la ricognizione d'ogni civiltà giuridica, lo è precipuamente per la ricostruzione del diritto comune. Questa deve incentrarsi nella lite, liberandosi dell'ideologia scolastica savignyana, che nel "pensiero giuridico" impersona "la coscienza riflessa delle istituzioni"⁴⁷. Del resto il vedere l'

⁴⁶cfr. *Visioni e revisioni storiografiche*, cit., pp.639-641.

⁴⁷impiego parole di F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano 1953, pp.209-214 (precisamente, pp.209, 211); poi *Il negozio giuridico*, Milano 1967, pp.197-199 (con essenziali riferimenti al *Sistema* di Savigny). Non si dimentichi l'esposizione d'insieme, citata nella n.15 (dov'è un accenno alla giurisprudenza, che sembra caduto invano. Nessuna contraddizione coglierà nel fatto che lo stesso Francesco Calasso individuò "l'organo di un'evoluzione grandiosa [...]" nella "scienza, coadiuvata dalla giurisprudenza", ma può finire con l'esaurire la sua tenace ricerca del diritto comune nella ricostruzione delle dottrine). In diversa maniera constata il fatto e lo valuta R. AJELLO, *Premessa* volume *Formalismo medievale e moderno*, Napoli 1990, p.XXs. n.5. Ma pure credenti nella centralità della dottrina dovrebbero, al contrario, fare delle liti il fulcro della propria attenzione storiografica. Dove la lite è un processo di parti, e su questa grava l'onere così della prova in fatto come dell'allegazione in diritto, ed il giudicante spetta la funzione appunto di *ius dicere* ascoltate le parti, riconducendo i fatti alle norme, la lite è il contesto in cui si confrontano le dottrine, sottoposte al più rigoroso vaglio di persuasività - meglio assai che nella scuola (inutile dirne analiticamente le ragioni) -. Quanto a me, si vedano *Iniquitas rei* I, *Annali* Perugia 1974, pp.88-91; *Satura lanx* 9, *Studi medievali*, 1977, I, p.223; *Rescissione*, c. pp.936 e n.28, 937 n.54, 941 e n.130 (dove pure esempi di quanto poco scolastico fossero certe apparenti ipotesi di scuola). Una tale considerazione dell'esperienza nella molteplicità dei suoi momenti dissolve problemi aspramente dibattuti, nella stessa impostazione dei quali si riflettono scelte immediate di valori, più che domande storiografiche. E del resto quei problemi danno nell'astrologia, declinano nella categoria degli *influssi* (arcaica metafora d'una causalità *ex distantibus*). L'indagine laboriosissima delle relazioni fra dottrina e prassi galvanizza, sotto parvenza storiografica, lo stesso dibattito medievale delle arti. Come se la giurisprudenza non fosse un sapere pratico; e se la pratica fosse naturalmente incolta. Del resto la ricerca degli influssi esercitata dalla dottrina sulla prassi è interna allo schema dicotomico savignyano; e non ne fuoriesce, neppure quando scopre l'ovvio. Ma non bas

giurisprudenza come "fonte di diritto"⁴⁸ non basta per uscire dallo schematismo dominante; anzi lo riproduce. Nella persistente ottica savignyana, la giurisprudenza si considera non come insieme delle soluzioni autoritative di conflitti, ma come raccolta di opinioni, esternate nella motivazione delle sentenze. Questa visuale confonde profili e funzioni; e merita di essere considerata attentamente. Essa infatti riconosce nella giurisprudenza non già l'insieme dei giudicati (cui spetta per altro eventualmente l'*auctoritas* delle *res perpetuo similiter iudicatae* [D.1,3,38]); ma piuttosto il luogo di occasionali *dicta*, enunciati da un magistrato giudicante nel motivare il disposto. Il contesto litigioso sfuma del tutto, e la giurisprudenza funziona come surrogato della dottrina. L'"eroe culturale" individuato da John Merryman⁴⁹ continua a trovare fedeli; e ne trova a San Marino molti, per i fortunati incontri che in questo secolo hanno fatto indossare la veste di giudici a maestri veri e riconosciuti⁵⁰. Ma tolto dal suo

di proiettarli su un solo piano, quello della canonizzazione pontificia della pratica ecclesiastica. Detto in breve, il quesito da porre, in prima approssimazione, è quanto diritto canonico si trovi in quella mirabile silloge, perno del *corpus iuris canonici*. Che non è una domanda pura di storiografia, come sa chi appena consideri le opinioni circolanti, ad esempio, sulla disciplina occidentale del matrimonio. Calamandrei si conformò alle tesi volgate nel magistrale parere del 1948 (Consiglio dei Dodici, 16 giugno 1948, *Giur.samm.* 1963, p.12s.). Ma oggi un tale errore, da cui discendono corollari aberranti, potrebbe evitarsi agevolmente, sol che si leggesse G.LE BRAS, *Droit romain et droit canon au XIII siècle* [1966], Roma 1967 [Accademia nazionale dei Lincei, *Problemi attuali di scienza e di cultura* 92]). Quanto all'antitesi storica *scientia - pratica*, R. ORESTANO, *Notarella su Derrer e la quidditas della giurisprudenza*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1987, pp.3-7.

⁴⁸per la Repubblica basti ora P. STEIN, *Civil Law Reports and the case of San Marino* (1985), rist. *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, London 1988, p.130.

⁴⁹riferimenti di G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani preunitari* (1977), rist. *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p.548s. e n.8.

⁵⁰inutile qui un elenco. Il quale del resto sarebbe incompleto, giacché inedita rimane la giurisprudenza precedente al 1911. Accade pure di frequente un fenomeno collaterale, se non inverso: vengono addotte e canonizzate come dottrina scritture processuali di varia indole. Ciò induce preoccupazione, non soltanto perchè fa ritenere che nella Repubblica stenti ancora a radicarsi quel sentimento della paternità intellettuale, che negli altri ordinamenti ha preso la forma della proprietà letteraria (poco male, se la civiltà del diritto comune potè ben fiorire e lussureggiare senza distinguere tra chi per primo formulasse una tesi e chi la ripetesse, appropriandosi di parole altrui), ma perchè sintomo d'una troppo scarsa inclinazione a distinguere

contesto, che era una lite, lo stesso magistero del giudicante sfuma nell'indeterminatezza⁵¹.

Affrancandosi da quella icastica prosopopea che dicevo (diritto comune contro statuti), la considerazione strutturale prende l'avvio dall'altro polo del sistema (contrariamente a ciò che siamo soliti fare): assume come punto di vista il diritto proprio, rifiutando di considerare questo come un accidente mal avventurato dinnanzi al diritto comune. Se non ci si vuole rinchiudere in una "ricerca di essenze" che dà nella metastoriografia, il traguardo è il singolo ordinamento nel suo costituirsi: è infatti nell'ordinamento che per cogenti determinazioni un insieme di norme, nel rapporto con altri insiemi, veniva qualificato comune⁵². Chi tiene lo sguardo attento agli ordinamenti nei quali si scandiva, quale sistema, il diritto comune, non può dimenticare che in essi il giudicante assumeva il proprio ufficio, non per un atto di preposizione, che lo incardinasse in un ordine giudiziario, ma per effetto di un negozio; il quale trovava sì figura nel *ius civile* (era una specie della *locatio*), ma riceveva il suo contenuto da una delibera dell'organo collegiale cui spettava la somma dei poteri pubblici. Un tale procedimento si conformava ad una norma, che prevedendo la nomina del giudicante, ne disciplinava l'ufficio e dettava i criteri della sua opera, graduando puntualmente le norme che da lui si sarebbero

attribuita una tesi generale, che fu soltanto un *obiter dictum* di Piero Calamandrei (parere al Consiglio dei Dodici, 16 giugno 1948, causa 92/1947, *Giur.samm.* 1963, p.12s.). In un altro equivoco ancora vedo incorrere S. DI GRAZIA, *I rapporti tra matrimonio religioso e civile*, cit., p.104 e n.26, che al Consiglio dei Dodici (23 gennaio 1900) attribuisce un detto del T. Comm. 16 luglio 1923 (*Giur.samm.* 1923, p.39b), sviato dalla deplorabile imprecisione tipografica della ristampa di T.C. GIANNINI, *Sommario*, cit., p.119.

⁵¹e può indurre in equivoci dannosi: una di tali vicende ho illustrato in *Società*, pp.40-42, 70-73, 84. Sarebbe indiscreto dare qui altri esempi istruttivi; e non mancheranno del resto occasioni per esaminarli e discuterli. Ma basterà intanto considerare che alcuni *dicta* di Guido Astuti (decisione citata qui nella n.34) verrebbero stravolti nella stessa loro funzione dottrinale, se tolti dalle precise, determinanti circostanze, che avevano indotto le parti alla lite. Identica sorte ha incontrato un parere di Vittorio Scialoja al Consiglio Principe e Sovrano, 27 aprile 1905, *G.I.* 1905, IV, cc.289-298 (collocazione spiegabile in una rivista italiana). rist. *Studi giuridici* IV, 2, Roma 1933, pp.270-278; poi *Giur.samm.* 1963, pp.174-183 (per un *obiter dictum* indiscretamente generalizzato: in quest'ultima sede p.176s.). Mentre alla redazione d'una rivista italiana si deve la circolazione, che alcune memorie di parte hanno ancora oggi sotto specie di note a sentenza: vedi il dossier ristampato nella *Giur.samm.* 1965, pp.94-156 (e lì cfr. pp.106 n.2, 130).

⁵²F. CALASSO, *Medio evo del diritto* I, cit., p.454ss.; *Elogio della polemica*, cit. 1900. E se per qualche mio rilievo, concernente la struttura di statuti comunali

applicate nel rendere giustizia⁵³. Nel prisma delle liti, nel processo convergevano così le linee che definivano i diversi profili istituzionali in ciascun ordinamento. Se ciò dimenticassimo nella nostra ricerca del diritto comune, lasciandoci abbacinare dagli splendori di quella dottrina cui solo competeva la pubblica *lectura* del *ius civile*, muteremmo l'oggetto dell'indagine: di qualcos'altro ci faremmo studiosi, ma non del diritto comune. Per le ragioni ora dette, hanno valore fortemente sintomatico le rappresentazioni del sistema diritto comune, che nelle sentenze prendevano forma, sorreggendo il disposto. Tale è il senso di quell'inventario delle immagini del diritto comune, che appartiene all'indagine strutturale auspicata poco fa.

Non è per una coincidenza insignificante, se quelle immagini del diritto comune, cui accennavo, ci vengono incontro dopo la svolta del secolo. Precluderebbe ogni comprensione del presente sammarinese, e del diritto comune quale vige nella Repubblica, il dimenticare che all'alba del Novecento San Marino ha saputo restaurare la sua figura di ordinamento cittadino, compiendo uno schietto *ritorno allo statuto*. Su quella svolta della vicenda costituzionale, che fu e resta l'Arengo del 1906⁵⁴, conviene tener fissa l'attenzione. Essa dà anche ragione del tema che vi apparirà centrale in questo corso e mostra quanto poco di casuale nascondano certe casualità. Sfrondata degli argomenti che la resero desiderabile ad 802 su 805 votanti⁵⁵ e ridotta alla struttura, la solenne delibera del 25 marzo 1906 poneva fine alla serrata del Consiglio Principe e Sovrano, restituendo al Consiglio Grande e Generale i lineamenti e le prerogative consacrati nello Statuto. La rinascita del Consiglio - come la chiamerebbe volentieri Jules Michelet - non sarà un lieto episodio, esaurito in se stesso: da allora il diritto proprio della Repubblica ha ripreso a vigoreggiare incessantemente. Decrittate le forme istituzionali e poste in luce le realtà sociali che in esse trovavano espressione, con quell'Arengo la

⁵³per San Marino, si vedano i capitoli statutari citati qui nella n.17.

⁵⁴previsto dallo Statuto, Lib.I, tit.2 (§ 2: *Raccolta delle leggi e decreti*, cit., p.2), l'arengo generale dei capi-famiglia fu convocato dal Consiglio Principe e Sovrano con la delibera del 16 novembre 1905 (*Supplemento alla Raccolta delle leggi e decreti della Repubblica di San Marino*, Città di Castello 1915, p.3; da p.4 in poi gli atti conseguenti). Inutile attardarci qui sulla lunga travagliatissima preparazione dell'evento. Per alcune valutazioni recenti di esso, riferimenti in *Società*, p.26 e n.66.

⁵⁵la delibera potrebbe riguardarsi come prossima all'unanimità (ma un tal rilievo scadrebbe nel sociologico): delle 805 schede deposte nell'urna, tre infatti vennero dichiarate nulle, non recavano voto contrario. Come fatto costituente, lo spoglio dei voti è consacrato nel *Supplemento*, cit., p.17 (allegato al verbale dell'adunanza, che si legge sulla pp. 11-12).

borghesia sammarinese poneva se stessa come classe generale, tramutando la Repubblica da Stato oligarchico a Stato rappresentativo. Ben presto avrebbe provveduto a darsi una legge elettorale confacente - mentre gli altri ordinamenti europei si orientavano a quello che era, per i tempi, il suffragio universale -. San Marino chiudeva serenamente la parentesi lunga del regime oligarchico, senza convulsioni rivoluzionarie, e si incamminava per la strada che l'avrebbe portata ad essere uno Stato pluriclasse - per usare la terminologia di Massimo Severo Giannini -. E con diversi strumenti ormai, insediatisi nello Stato e non più ristretta ad una mera funzione sociale, la borghesia sammarinese poteva proseguire le attività svolte da sempre.

Sensibile com'era ai mutamenti, Scialoja ben vedeva tutto ciò e ne prendeva atto, e metteva la Repubblica al passo con gli altri ordinamenti europei. Guardate da vicino i modelli che egli proponeva per risolvere un problema intricato⁵⁶: sono tre portavoce ascoltissimi delle borghesie ascendenti in Olanda, nella repubblica genovese e nella Toscana granducale, in Piemonte. Tre giuristi veri, vissuti in tempi, nei quali la piccola repubblica poteva apparire estranea ai profondi mutamenti delle società e delle istituzioni, come rinserrata sul monte. Quel fecondo pensiero giuridico Scialoja additava ai sammarinesi, come la guida sicura per orientarsi in campi sui quali gli statuti non avevano segnato alcuna traccia. Egli invitava i cittadini della Repubblica ad aprire i loro Statuti - ma senza pedanteria: l'ovvio riferimento andava al tit.6 del Lib.II (§ 144), coerente con i titt.13 e 31 del Lib.I (§ 18 e 38) -; ed a trovare lì il collegamento che congiungeva l'esperienza giuridica sammarinese a quella europea. Scialoja sapeva di trovarsi a dettare in poche righe una sorta di *legge delle citazioni* - e del resto il ricordo di quell'esperienza intellettuale non lo abbandonerà⁵⁷; sappiamo noi oggi che quella sua rappresentazione del diritto comune, quasi una tavola della legge, ha ottenuto piena osservanza tra i sammarinesi⁵⁸. Sciocco

⁵⁶due sentenze del G.d.A. 12 agosto 1924, cause 69/1922 e 6/1922, *Giur.samm.* 1924, pp.16-18, 19-21.

⁵⁷ne dette testimonianza S. RICCOBONO, *Vittorio Scialoja*, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1934, p.9.

⁵⁸si adeguò G. RAMOINO, annotando l'A. Bologna, 18 gennaio 1937, *Giur.samm.* 1933-1934, p.241; e poi decidendo: T. Comm. 28 agosto 1938, *Giur.samm.* 1963, p.88; T.Comm. 10 aprile 1963, *Giur.samm.* 1965, p.253s.; ed ancora nella nota, cit., *Giur.samm.* 1965, p.156 n.1. Tacitamente il G.d.A. 30 luglio 1963, *Giur.samm.* 1965, p.46. Senza distinguere le due sentenze, le citava P. CALAMANDREI, parere al Consiglio dei Dodici, 16 giugno 1948, *Giur.samm.* 1963, p.12. Per un profilo di merito, non per l'individuazione della norma da applicare, T.Comm. 2 luglio 1966, *Giur.samm.* 1964-1969, pp.326, 327. Le aveva

sarebbe chi s'impancasse ad impartirgli sagge lezioni di metodo: il problema storico del diritto comune era ben più intricato di come allora potesse apparire a lui (toccherà ad un suo allievo individuarlo, attraverso una critica inesorabile della tradizione storiografica ⁵⁹). Spettava al maestro motivare in maniera persuasiva due decisioni ragionevoli, atte a comporre interessi, che tutti meritevoli di protezione confliggevano in maniera altrimenti insanabile. La strada aperta da lui riconduceva la Repubblica, nel più geloso rispetto della sovranità e nella più rigorosa osservanza degli statuti, verso quella "comunicazione del mondo civile" ⁶⁰, da cui l'aveva esclusa la serrata seicentesca dell'oligarchia. Non fu volontà imperscrutabile del caso (ora lo si vede netto), se per San Marino la fase novecentesca del diritto comune prese inizio su un problema centrale nella disciplina delle società; e nel tempo in cui tornava a vigoreggiare il diritto proprio.

Del resto, l'aveva preparata, od affrettata, un dibattito in aule giudiziarie italiane, che suscitò pronte risonanze in ascoltatori sensibili (ma non so quanto si mantenessero indenni da equivoci) ⁶¹. Non era spettato a Scialoja decidere allora, ch'è anzi gli toccò di sostenere le ragioni d'una parte - e si trovò di fronte od accanto nell'accesa discussione altri uomini, che lasciavano od avrebbero lasciato impronta nella cultura giuridica italiana: Emanuele Gianturco ed il giovanissimo Enrico Redenti ⁶². Il problema era già quello del rilievo sui terzi d'un rapporto volontariamente costituito: stavolta i personaggi non erano soci e terzi, ma terzi e coniugi (ricorderete Modestino: *consortium omnis vitae*); ed intricato risultava il problema per alcuni caratteri originari dell'ordinamento sammarinese, da un canto, e per la piegatura nazionale (rigorosamente antinazionalistica) impressa al codice civile dal legislatore italiano (art.3). Non era perciò un'arida e quasi

GRAZIA, *I rapporti tra matrimonio religioso e civile*, cit., p.95 n.5 (con un significativo errore di stampa ed appiattendole sullo schema positivistico degli elementi). Cfr. peraltro *Società*, p.16 n.17.

⁵⁹basti vedere per il puntuale riferimento sammarinese F. CALASSO, *L'acquisto della cittadinanza*, cit., *Giur.samm.* 1963, p.509.

⁶⁰impiego parole di Giambattista De Luca, alla cui lettura ci sta avviando G. GORLA, *Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale*, cit., p.669s.

⁶¹A. RICCI-BUSATTI, nota ad A. Roma, 1 dicembre 1906, rist. *Giur.samm.* 1965, p.149.

⁶²basti ricordare soltanto la C. Roma, 3 marzo 1906; e l'A. Roma, 1 dicembre 1906: l'intero dossier venne ristampato in *Giur.samm.* 1965 nn.94-156 (con una

formalistica diatriba di diritto internazionale privato, benchè tale apparisse. Il rilievo esterno di quel rapporto fra due soggetti, d'un rapporto personalissimo ed onnicomprensivo (*individua consuetudo*) ⁶³ era delineato nel codice, per quanto concerneva alcuni contratti, con uno stigma di disuguaglianza, che lo stesso Vittorio Scialoja avrebbe poi contribuito a cancellare nella sede competente ⁶⁴, non già nel diritto comune vigente a San Marino, che quelle disuguaglianze ignorava. Come del resto ignorava ogni *differentia* tra figli e figlie nelle aspettative successorie (Nov.118): dal che prese pure origine un altro episodio memorabile nella storia giuridica e civile della Repubblica ⁶⁵. Ma non ora sono da illustrare i termini di quel dibattito e del successivo (cui ho appena alluso), e le opinioni che vi si agitarono. Mi basta avere stimolato la vostra curiosità. Mi basta avere enunciato qualche ragione che per l'intreccio inestricabile di problemi sammarinesi e di problemi italiani rende necessario, forse utile, il corso che oggi siamo venuti a cominciare.

⁶³sono qui da tenere insieme, come nella tradizione romanistica, Modestino D.23,2,1 ed *Inst.* 1,9,1. Ciò prima della conclusiva critica di F. VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale* 1, Padova 1932, pp.50-52.

⁶⁴l'ambiente cui dobbiamo la L.17 luglio 1919 n.1176 è ben delineato da A.M. GALOPPINI, *I diritti civili e politici delle donne dall'Unità ad oggi*, Bologna 1980, pp.62-67.

DISCORSI PER SAN MARINO

GUIDO ASTUTI
PER L'INAUGURAZIONE DELLA REGGENZA DEI
CAPITANI GIUSEPPE MICHELONI E MARINO MULARONI.
DISCORSO TENUTO NELLA SALA CONSILIARE IL PRIMO
OTTOBRE 1964

Eccellentissimi Capitani Reggenti, Onorevoli rappresentanti diplomatici e consolari, Signore e Signori.

La consuetudine vuole che in questa solenne occasione l'oratore ufficiale celebri le tradizioni di libertà e di democrazia di questa antica e singolare repubblica. Io vi parlerò del diritto di San Marino e lo farò non perchè io sono uno studioso di diritto, un giurista, non perchè io sono, come vi è stato detto, il Giudice delle Appellazioni e delle nullità nelle cause civili di questa Repubblica, ma perchè sono convinto che l'ordinamento giuridico sammarinese nelle sue peculiarità, che lo differenziano profondamente da quello italiano anzitutto, e da quello della maggior parte dei paesi dell'Europa, abbia delle proprie caratteristiche peculiari e che queste peculiarità siano il fondamento più sicuro, la radice, vorrei dire il segreto della libertà e della democrazia sammarinesi. Quale sia questo ordinamento non posso dire in modo ampio; ci vorrebbe un corso di lezioni, e io non vorrei nemmeno trasformare questo discorso in una lezione. E', diciamo, il sistema del diritto romano comune, il sistema di diritto consuetudinario che si è sviluppato in Italia e negli altri paesi dell'Europa dopo il primo rinascimento medievale, dopo il fiorire della scuola bolognese; e che a San Marino si è conservato fino ai nostri giorni. Un sistema caratterizzato da una complessità di fonti giuridiche, ma nel quale gli elementi fondamentali sono da una parte il diritto romano, il

* Il primo ottobre 1964, inaugurandosi la reggenza dei Capitani Giuseppe Micheloni e Marino Mularoni, il discorso al Consiglio Grande e Generale fu tenuto da Guido Astuti. Perchè la sua parola raggiunga i molti che non la poterono ascoltare, la Signora Elena Astuti ha consentito che il discorso pronunciato allora si stampi qui per la cura di Giovanni Diurni. Dieci anni dopo la scomparsa del maestro, l'Istituto Giuridico Sammarinese non potrebbe ricordarlo ed onorarlo se non con le Sue stesse parole, segno dell'attenzione con cui Egli guardò alla Repubblica, al passato di lei ed al suo progrediente ordinamento. Il discorso del 1964, già segnato da M. A. BONELLI nella preziosa *Bibliografia Sammarinese* I, San Marino 1985, p.101 (n.421), per l'affabile andamento didascalico e la marcata tensione programmatica, si colloca fra il breve *San Marino ed il suo diritto*, in *Libero orizzonte* 1961, pp.26-31; e " *La Relazione della Commissione per lo Studio dei Problemi Istituzionali*

diritto romano giustiniano nella interpretazione che ha avuto nel corso dei secoli ad opera della giurisprudenza teorica e pratica, e dall'altra il diritto locale, il diritto particolare di San Marino, cioè le antiche consuetudini locali e poi i decreti, le leggi che via via il popolo sammarinese si è dato. Questo sistema per la verità non è qualcosa di originale di San Marino; è il sistema comune a tutte le città e le repubbliche dell'Italia centrale e settentrionale; nè basta vederlo nell'epoca in cui fiorirono le autonomie comunali nel nostro paese. Ma fin da quell'epoca San Marino ha saputo fare qualcosa che gli altri non hanno saputo o potuto fare. Vi è stata nell'Italia comunale, come loro sanno, una rapida degenerazione delle istituzioni giuridiche, del diritto pubblico, della democrazia comunale: quella che ha portato dovunque alla formazione prima di signorie personali e poi di principati ereditari; e che è stata caratterizzata proprio dal mutamento delle leggi, da un contrasto di fazioni, di partiti che ha portato a mutare continuamente le leggi. Per Firenze, uno dei più grandi comuni italiani, già Dante al principio del Trecento lamenta che la sua città sia pronta a mutare "legge, moneta, ufficio e costume" dalla primavera all'autunno (Purg. VI, 143-147). E senza dubbio, questo mutamento, questo sviluppo, l'elefantiasi e l'inflazione della legislazione *politaria* è stato uno degli elementi di distruzione delle libertà di questi comuni. San Marino è riuscito, invece, ad evitare tutto questo. E poi è venuta l'età moderna, l'età moderna nel corso della quale tutte le regioni italiane e gli altri paesi dell'Europa hanno conosciuto l'esperienza del dispotismo, dal dispotismo dei primi autocrati al dispotismo dinastico, al dispotismo illuminato; fino alla vigilia della rivoluzione francese. E voi sapete che la caratteristica del dispotismo è stata proprio la moltiplicazione della legislazione statale, della legislazione dei principi e dei sovrani, la quale poco a poco ha distrutto tutto quello che era stato il particolarismo giuridico, quella tradizione di libertà pubbliche e private, che aveva costituito la ricchezza del sistema giuridico medievale. San Marino ha avuto la gran ventura di evitare tutto questo e non è stato un caso. Certo, è stato merito del popolo intero e dei suoi reggitori se San Marino ha evitato tutto questo. Alla vigilia della rivoluzione francese a San Marino esisteva un corpo del diritto, costituito ancora fondamentalmente dal diritto romano giustiniano, dagli antichi statuti medievali con le loro aggiunte, con le riforme, con i decreti e gli ordinamenti, che, nei secoli, il popolo sammarinese si era dato; ma sempre sulla base di quel vecchio tronco. Ancora oggi l'ordinamento giuridico sammarinese si può paragonare ad una grande quercia i cui rami, le cui fronde, costituite, appunto, dalla legislazione locale, dalle tradizioni locali, stanno sicuri su un tronco che è costituito dal diritto romano giustiniano. E poi venne una

rivoluzionaria delle idee del secolo dell'illuminismo, del giusnaturalismo, del razionalismo giuridico, la rivoluzione francese, la codificazione. Voi sapete quale è stato l'effetto di questo grande movimento in Europa, di questo grandioso evento storico rispetto ai paesi dell'Europa continentale. Ha portato la distruzione del vecchio patrimonio del diritto storico in omaggio ad alcuni miti, in parte un po' astratti: il mito delle costituzioni scritte, il mito della legislazione come fonte unica o tendenzialmente esclusiva dell'ordinamento giuridico dello Stato, il mito delle codificazioni. San Marino che cosa ha fatto di fronte a questi grandiosi avvenimenti, nei quali la Francia è stata d'esempio a tutti gli altri paesi, e poi col successo dell'epopea napoleonica, ha determinato e promosso questo movimento dovunque, sia pure con resistenze molteplici. San Marino ha preso ciò che era buono e vivo in queste idee e ha lasciato ciò che poteva essere astratto, ciò che poteva essere contrastante con le sue tradizioni nazionali antiche. San Marino, voi lo sapete, nel corso del secolo passato ha riesaminato, rinnovato e riformato profondamente il suo antico ordinamento in una materia nella quale, senza dubbio, il vecchio sistema era ormai caduco e non più conforme allo spirito dei tempi. Nel campo del diritto penale, del processo penale, San Marino si è dato dei codici nel secolo scorso; su per giù quando l'Italia faceva le sue prime codificazioni come Stato unito, la Repubblica di San Marino si è fatta unitaria, si è dato un codice penale, un codice di procedura penale, ottimi codici, codici che erano il frutto di una grande prudenza, codici che si distinguevano per la mitezza delle pene, per le garanzie consentite agli imputati e per tanti altri elementi, codici che oggi sono oggetto di uno studio per una ulteriore riforma. San Marino non ha mai rinunciato nel legiferare a seguire i tempi. Non crediate che la fedeltà al vecchio ordinamento romano e consuetudinario significhi immobilità; tutt'altro. Il popolo sammarinese non ha mai rinunciato ad avere una legislazione che aggiornasse. Si sapeva bene che conservare questo grande patrimonio di tradizione giuridica esigeva il suo continuo ammodernamento, il suo continuo sviluppo, il suo continuo aggiornamento. E la Repubblica ha avuto nel secolo scorso, ha avuto nel nostro secolo, ha nei tempi più recenti una legislazione modernissima in materia di lavoro, in materia di assicurazioni sociali, in materia di società di commercio e via discorrendo. Però a San Marino non vi è mai stato alcun radicalismo, non vi è mai stata quest'idea, che fu lanciata in Europa dalle ideologie della rivoluzione francese, che l'unica fonte del diritto nell'ordinamento giuridico dovesse diventare la legislazione dello Stato; che si dovesse distruggere tutto questo antico patrimonio e ad esso sostituire delle leggi, una costituzione scritta, dei codici e poi una

Qualcuno qui potrebbe subito fare una obiezione: questo è avvenuto per la piccolezza di questo Stato, per il numero limitato degli interessi di carattere pubblico, di carattere privato nel mondo della vita politica, economica e sociale. Ebbene io risponderei che questa è un'obiezione inconsistente, perchè non è vero che l'inflazione legislativa, caratteristica degli stati moderni dell'Europa continentale, sia qualche cosa di strettamente connesso alla complessità della vita moderna; ne abbiamo un esempio sicuro, perchè sappiamo che grandi paesi che hanno avuto la rivoluzione industriale prima di quelli dell'Europa continentale, che hanno avuto responsabilità imperiali, responsabilità egemoniche nel mondo civile, quali sono l'Impero Britannico e gli Stati Uniti d'America, hanno saputo evitare questa inflazione della legislazione, hanno saputo rimanere fedeli ad un loro sistema, quel sistema di diritto, nel quale la legislazione dello Stato non è la fonte esclusiva, anzi è la fonte integratrice di uno sviluppo, che si è formato nel corso dei secoli essenzialmente attraverso uno sviluppo consuetudinario, cioè attraverso il comune consenso della collettività popolare, attraverso l'interpretazione che di questo diritto ha dato un ceto di giuristi colti, interpretazione che ha dato un ceto di magistrati, di giudici, i quali sono veri e propri artefici dello sviluppo, dell'ammodernamento, dell'aggiornamento quotidiano dell'ordine giuridico. La common law inglese è una cosa molto diversa dal diritto comune continentale, non lo ignoro, ma gli elementi caratteristici, gli elementi fondamentali, le matrici originarie, e le forme e i modi del processo di sviluppo e di adattamento e di aggiornamento del diritto sono i medesimi. Si tratta di diritti giurisprudenziali, di diritti essenzialmente consuetudinari, di diritti nei quali l'aggiornamento, l'ammodernamento, lo sviluppo si è verificato sempre, senza distruggere nulla, modificando, sostituendo singole norme, ma conservando intatto un prezioso sistema. E questo è avvenuto a San Marino nel corso dei secoli, e vorrei che mi fosse concesso più tempo per potervelo dimostrare. Alla base di tutto, come ho detto, c'è il diritto romano giustiniano, questo grande patrimonio di tradizione giuridica, in fondo la più alta civiltà giuridica che il mondo antico avesse conosciuto, quella di Roma. Ebbene, era un ordinamento consuetudinario, non era stato imposto dagli imperatori, era un ordinamento consuetudinario, sviluppatosi essenzialmente attraverso la giurisprudenza dei giureconsulti, attraverso la giurisprudenza dei magistrati giudicanti. Ebbene, questo patrimonio giuridico così prezioso, così ricco, così pieno di implicazioni e di possibilità di sviluppo, è stato conservato a San Marino, quando altrove veniva abbandonato o soffocato da una

questo patrimonio è stato conservato veramente come la base di tutto lo sviluppo. E il diritto romano è anche stato la matrice dello sviluppo delle consuetudini locali. Le consuetudini locali erano le consuetudini di un popolo che aveva vissuto nell'ambito della civiltà romana, che era profondamente romanizzato; e quindi lo sviluppo di queste consuetudini non è lo sviluppo di un diritto barbarico, di un diritto contrapposto al diritto romano: al contrario, esse sono fiorite spontaneamente sul vecchio tronco del diritto romano. La conservazione di questo sistema, contenente diritto essenzialmente consuetudinario, fondato sul diritto romano e sulle consuetudini locali, ha fatto sì che, anche negli sviluppi dell'età moderna, anche negli sviluppi dell'attività legislativa, quando gli organi legislativi della Repubblica (oggi il Consiglio Grande e Generale) hanno svolto continuamente questa attività integratrice e di aggiornamento, non vi è mai stata la volontà, l'iniziativa di una radicale abolizione, di una distruzione, di buttar via questo antico e prezioso patrimonio secolare. Si è sempre cercato di aggiornarlo, di migliorarlo, rimanendo nel suo ambito, rimanendo nell'ambito di questo ordine. E questa è una cosa preziosa, una cosa importante: perchè? Perchè purtroppo noi abbiamo visto che cosa è avvenuto nei grandi paesi dell'Europa continentale dopo l'adozione di alcuni miti un pò astratti, il primo dei quali è l'idea che l'ordinamento giuridico dello Stato sia e debba essere, tendenzialmente almeno, costituito dalla legislazione dello Stato; e il diritto coincida con la volontà degli organi legislativi dello Stato. Questa è un'idea pericolosa, è un'idea che aveva degli elementi di attrazione quando fu lanciata. Si pensava che fosse possibile creare degli ordinamenti giuridici razionali, ordinamenti giuridici stabili, degli ordinamenti giuridici che dessero a tutti una maggiore certezza del diritto. E' l'idea che sta alla base delle carte costituzionali scritte, l'idea che sta alla base delle codificazioni; è l'idea che sta alla base della legislazione moderna. Ebbene, che cosa si è verificato? Ormai è passato un secolo e mezzo e lo possiamo dire: anzichè raggiungere la certezza del diritto, nella maggior parte degli Stati europei, qualunque siano state le loro vicende politiche, qualunque sia stata la struttura dei loro governi, si è verificata, durante un secolo e mezzo, ma soprattutto nel nostro secolo, evidentiissima un'inflazione legislativa. Si tratta di un processo di inflazione legislativa, per cui anche i giuristi colti, i giuristi pratici, si trovano in difficoltà nell'accertare la norma da applicare ai singoli casi; e questa inflazione legislativa è stata distruttrice di ogni certezza del diritto. Se oggi c'è un diritto incerto, questo non è certamente il diritto dei paesi di common law, dove esiste un sistema tradizionale di precedenti ben noti ai giudici, ben noti agli avvocati; ma questo è

campo degli studi giuridici in Europa, parlo della Germania, vi sia stata una strenua lotta per impedire la codificazione, la codificazione napoleonica. Non si trattava in Germania di copiare il codice napoleonico: i giuristi, i pandettisti tedeschi dell'800 erano ben in grado di fare dei codici loro e originali. Però voi sapete la grande lotta che fu combattuta dal Savigny e dalla scuola storica del diritto in Germania per impedire che si facesse una codificazione, una lotta intesa ad impedire che si cristallizzasse il diritto in certe formule, si determinasse una elenfatiasi della legislazione e si impedisse quello sviluppo che nei secoli era stato assicurato alla Germania proprio dalla recezione del diritto romano e della sua elaborazione ad opera della giurisprudenza pratica, come il diritto romano attuale della nazione tedesca.

Tutti sanno che in Germania il codice civile non è stato introdotto all'epoca di Napoleone, ma soltanto con il primo gennaio dell'anno 1900, un secolo più tardi; e in Germania si sono poi accorti degli inconvenienti che questo ha portato. Indubbiamente una certa crisi della giurisprudenza, di quella grandiosa giurisprudenza pandettistica, che nel secolo scorso aveva dato alla Germania un primato mondiale negli studi del diritto, può essere in parte legata al fatto della codificazione. Tutti conosciamo quella che è stata la vicenda delle carte costituzionali, delle costituzioni scritte, concepite come garanzia suprema delle libertà, dei diritti dell'uomo e del cittadino, del rapporto e del controllo costituzionale dei poteri pubblici, realizzati mediante un sistema della divisione dei poteri, e via dicendo. Tutti sappiamo quanta instabilità costituzionale vi sia stata in tutti i paesi che avevano costituzioni scritte. E conosciamo le dodici o quindici costituzioni, che ha avuto la Francia dalla rivoluzione fino ai nostri giorni. Sappiamo che quella, che fu considerata un modello di diritto pubblico, la costituzione tedesca di Weimar del 1919, non ha impedito al popolo tedesco di subire la più terribile delle avventure della sua storia. Ebbene, San Marino ha fatto come gli inglesi; io non voglio fare dei confronti, che sarebbero banali e fuori luogo, ma posso dire che San Marino non ha mai sentito il bisogno di darsi una costituzione scritta, perchè la costituzione esisteva già, nelle sue istituzioni, nella prassi costituzionale, nella prassi amministrativa, e si è sviluppata nel corso dei secoli, così come nel corso dei secoli si è sviluppata la costituzione inglese. Vi sono delle leggi solenni qua e là; c'è la *Magna Charta*; anche a San Marino c'è un *habeas corpus*, anche a San Marino ci sono state riforme dei corpi legislativi, analoghe a quelle che si sono verificate in Inghilterra. Ma questa Repubblica ha saputo rimanere fedele al suo antico patrimonio di istituzioni giuridiche, le ha continuamente modificate, le ha accresciute senza mai fare dei radicalismi rivoluzionari, senza mai pensare di fare

giuridico, ma aggiornandolo con un sano temperamento delle esigenze della conservazione, della continuità, della stabilità, con quelle del rinnovamento, dell'adattamento ai tempi che mutano continuamente. Tutto questo mi sembra molto importante: io non vorrei ulteriormente abusare della loro pazienza, ma vorrei invitare tutti a meditare, a riflettere sulla importanza di questo fatto: questa piccola repubblica nel corso dei secoli, muovendo da quello che era il patrimonio comune della civiltà italiana del primo rinascimento medievale, ha saputo evitare quelle crisi e quelle decadenze che portarono all'instaurarsi delle signorie e dei principati nei grandi comuni italiani; ha saputo evitare gli inconvenienti portati dal dispotismo nei secoli dell'età moderna; secoli che sono quelli nei quali si è formato lo Stato moderno, col peso del suo apparato amministrativo e burocratico. Ha saputo prendere poi al tempo della rivoluzione ciò che vi era di buono, di vivo, di vitale, aggiornando la sua legislazione, abolendo tutto ciò che poteva essere barbarico e medievale. Io non amo questa parola, perchè ho un grandissimo rispetto anche del Medioevo, di tutto ciò che poteva essere in tempi diversi dai nostri. San Marino ha conservato fino ai nostri giorni questo edificio, questo proprio diritto, che è una cosa molto importante, molto singolare; e vi parlo non come giudice, parlo come studioso di storia del diritto. Lo sviluppo dell'ordinamento giuridico di San Marino si impone alla nostra ammirazione proprio per l'equilibrio, per la prudenza con cui si è saputo conservare e rinnovare, conservando ciò che era pregevole, ciò che era importante, e rinnovando ciò che invece occorreva mutare per porsi all'altezza dei tempi, per seguire le esigenze della vita politica, della vita economica, della vita sociale del mondo moderno.

Molte altre cose avrei voluto dire, per sottolineare l'importanza che ha un ordinamento giuridico, a base consuetudinaria, di fronte ad ordinamenti giuridici nei quali l'unica base è la legge dello Stato e nei quali il legislatore tende a porsi come fonte unica, come fonte esclusiva dell'ordinamento giuridico, riconoscendo qualche sviluppo consuetudinario solo se ed in quanto ha la sua approvazione, ha la sua sanzione. Questo ha determinato facilmente inconvenienti gravissimi. Vi ho parlato della inflazione legislativa, dell'enorme incremento della legislazione dello Stato di cui soffrono tutti i paesi dell'Europa continentale, dell'enorme sviluppo della legislazione amministrativa, e dell'amministrazione e dei poteri amministrativi. Si può ancora dire, e non è un paradosso, che il mondo anglosassone non ha un diritto amministrativo. L'Inghilterra, gli Stati Uniti d'America hanno un diritto pubblico interno importante, ma assolutamente non comparabile al diritto amministrativo dell'Italia, della Francia, della Germania, della

giurisdizione dei giudici ordinari. Ebbene, questo avviene in larga parte anche a San Marino; anche San Marino non ha un diritto amministrativo, ma ha un diritto pubblico interno importante. Pur avendo riconosciuto certi principi, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, certe giurisdizioni amministrative speciali, qui manca, non vi è dubbio, quella enorme elefantiasi del diritto amministrativo che ha creato una situazione così diversa nei paesi dell'Europa continentale, rispetto ai paesi anglosassoni. Qual'è oggi ancora la differenza fra la democrazia inglese e la democrazia continentale? E' proprio qui, nei rapporti tra il cittadino e il pubblico funzionario, la distinzione del pubblico potere tra il cittadino e l'Amministrazione, tra il cittadino e la polizia. Perché gli inglesi sono a buon diritto considerati maestri di un tipo di libertà e di democrazia che sul continente ancora non è stato mai raggiunto da alcuno? Proprio per questo, perché hanno conservato fede all'antico ordinamento, alla unità della giurisdizione, hanno sottoposto le magistrature e gli organi amministrativi al diritto comune, al giudizio dei giudici ordinari, pur avendo anch'essi materie nelle quali la discrezionalità di governo, politica e amministrativa, si dispiega in forme ancora più assolute e più ferme che non nel diritto continentale. E poi c'è ancora qualcos'altro: la certezza del diritto. E' certissimo questo e grandi filosofi del diritto, grandi studiosi della nostra epoca lo hanno riconosciuto; vi è più certezza nei sistemi di diritto libero che non nei sistemi di diritto codificato, perché se il diritto fosse quello che è scritto nei codici, nelle poche centinaia o migliaia di articoli di un codice, tutto sarebbe semplice; ma là dove si è fatta la codificazione vi è stata la spinta ad aggiornamenti continui della codificazione. Che cos'è ormai la codificazione? Cosa sono i tre codici o i quattro codici dei grandi paesi europei rispetto alla mole delle leggi, delle leggi degli ultimi anni, delle leggi in vigore? Sono quasi nulla. La certezza del diritto è smarrita. Oggi il giudice, il magistrato, lo studioso si trovano molte volte in difficoltà per accertare qual'è la norma di diritto positivo vigente.

E vi è ancora un'ultima cosa; un sistema di ordinamento consuetudinario fondato su base tradizionale, su un patrimonio tradizionale che costituisce il sistema, la matrice di tutti gli sviluppi ulteriori, è una grande garanzia contro l'arbitrio. Un corpo legislativo, un legislatore, un dittatore non possono facilmente imporre la loro volontà come volontà legislativa, non possono modificare con strappi, con fratture violente un ordinamento di carattere consuetudinario; e questa è la garanzia. Dovunque, in tutti i paesi, anche nel mondo anglosassone, vi sono stati tentativi di dispotismo, tentativi in ogni epoca, in ogni tempo con le forme più varie. Ma ciò che ha resistito sempre è stata proprio questa

vera garanzia della libertà e della democrazia. Mi sono permesso di parlarvene, perché ritengo che questo sia un elemento singolare di San Marino, della civiltà di questa piccola e gloriosa repubblica; un elemento singolare che la differenzia rispetto al resto dell'Italia, della nazione italiana di cui i sammarinesi fanno parte, che la differenzia anche rispetto all'Europa continentale, alla maggior parte dei paesi dell'Europa continentale. San Marino ha saputo conservare un tipo di ordinamento giuridico, fundamentalmente ed essenzialmente consuetudinario: il sistema del diritto comune consuetudinario e giurisprudenziale, che ha aspetti molto simili a quelli di un sistema glorioso, come quello della common law britannica e del sistema in vigore negli Stati Uniti d'America, nell'intero mondo anglosassone.

Non voglio dire altro. Fra pochi istanti i nuovi Capitani Reggenti presteranno il giuramento, nel ricevere l'investitura del potere supremo di questa repubblica. Nel testo del loro giuramento, che risale al medioevo, in una vecchia formula del diritto consuetudinario locale, si dice che essi si impegnano solennemente a conservare, a osservare e far osservare il diritto antico della Repubblica, le antiche consuetudini lodevoli di questa terra, gli ordinamenti che nei secoli sono stati e sono tuttora in vigore in questa Terra. Questo giuramento fanno tutti i magistrati sammarinesi; l'ho fatto anch'io entrando nell'esercizio delle mie funzioni; e questa è una cosa molto bella. Ma non basta che siano le magistrature, dalle più modeste alla più alta carica dello Stato, ad assumere questo impegno. Un diritto consuetudinario, un ordinamento consuetudinario vive finché nella comune coscienza del popolo, in quello che il Savigny chiamava lo "spirito del popolo", rimane la consapevolezza della sua importanza e rimane l'attaccamento a questa tradizione. Mi sia consentito, non certo come magistrato della Repubblica, ma come studioso di storia del diritto, di chiudere queste brevi parole rivolgendo un ammonimento: cittadini sammarinesi amate il vostro diritto, conservate questo antico e prezioso patrimonio giuridico, difendetelo, modificatelo con prudenza, senza radicalismi e senza pensare ad innovazioni che distruggano, che possano mai recidere i nessi che vi legano al vostro passato. Facendo questo continuerete a sviluppare la vita di questa repubblica con la stessa prudenza che è stata dei vostri padri, vi garantirete contro il pericolo di abusi da parte dei governi, contro il pericolo di arbitrii da parte dei corpi legislativi, contro il pericolo di arbitrii da parte dei corpi amministrativi e degli organi amministrativi; e custodirete nel modo più fermo e sicuro quello che è il fondamento, la radice, il segreto della vostra perpetua libertà.

LEZIONI DELL'ISTITUTO

MASSIMO NOBILI
VERSO UN NUOVO
PROCESSO PENALE SAMMARINESE.
SINTESI E COMPARAZIONE
CON IL CODICE ITALIANO DEL 1988

1. Il tema, oltre che impegnativo, è di notevole ampiezza: saremo costretti a selezionare tra i suoi vari profili. Per ragioni di utilità in questa sede, punterò prevalentemente a una descrizione dell'attuale progetto per una nuova procedura penale sammarinese, frutto - come alterne vicende - del lavoro ormai di un decennio. La relazione sui criteri ispiratori della riforma risale, infatti, al 1979¹.

Un lavoro decennale, dicevo, sul quale non potrò soffermarmi neppure per dar conto di un'esperienza - a livello personale irripetibile, difficile, entusiasmante. In ispecie occorre far compiere questa Repubblica, un salto bisecolare verso il primo contrassegno di un processo penale moderno: lo scorporo - dalla figura unitaria di magistrato inquisitore - delle due funzioni essenziali, ma per l'appunto distinte, dell'accusa e del giudizio. Altrettanto era indispensabile individuare la struttura procedurale più adatta a esigenze sociali e geografiche e di carico giudiziario, del tutto peculiari. C'è sulla base di un sistema istituzionale e di ordinamento giudiziario, a sua volta peculiare, ammirevole, e con l'esperienza di quanto nel frattempo - parliamo di secoli - è accaduto negli altri paesi di tradizione europea continentale.

Il codice di rito qui ancora in vigore costituisce - nella sua impalcatura essenziale - una redazione "postuma", ottocentesca, di un modello inquisitorio di diritto comune. Un codice inadatto oggi, anche se si sono registrati taluni ritocchi successivi, non trascurabili: in ispecie, quello del 1974. Ma un codice - diciamolo - ormai pressoché "illeggibile" e fuor d'epoca, nonostante il residuo di certe sue originali "finezze".

Uno sviluppo di prospettive storiche sarebbe utile e affascinante: la storia è sempre maestra, benché non sia facile saperla interrogare, anche per quanto concerne i problemi del diritto. Cor

*Lezione tenuta l'8 aprile 1989 nella sala della Biblioteca di Stato, in occasione dei "Sabati del Giuridico". È pubblicata nella rivista *Il giusto processo* 1989, 3, pp. 24.

anticipavo, dobbiamo qui selezionare i temi. Ma desidererei ripetere - oggi con riguardo alla procedura penale - qualcosa di analogo a quanto, in altra occasione ², ebbi a evidenziare: con riguardo, allora, al sistema giudiziario, ossia a un qui perdurante "statuto" della magistratura di stampo professionale. Esso distingue la Repubblica di San Marino dagli altri stati dell'Europa continentale.

In entrambi i settori, l'ordinamento sammarinese praticamente non conobbe - nel bene e nel male; diciamo così - le due svolte fondamentali rappresentate, altrove, dal 1789-1808: un "giro di boa" straordinario. Alludo al tentativo dell'illuminismo francese, il quale puntò a un totale, radicale e subitaneo trapasso, dal sistema inquisitorio, a uno decisamente accusatorio. Fu questa l'esperienza - appassionante ma fallita - della borghesia francese nel 1789-1791. Questa Repubblica non la conobbe, e neppure conobbe, come invece gli altri paesi europei, il successivo compromesso e regresso rappresentato da due "invenzioni" napoleoniche. Furono queste ultime, e non già i "messaggi" del 1789-91, a condizionare, nei due secoli successivi, i processi penali dell'Europa continentale: un ordinamento gerarchico-burocratico della magistratura e la costruzione - a suo modo altrettanto abile e, nella sua logica politica, geniale - di una procedura penale mista: un dibattimento di asserita qualità accusatoria, tuttavia preceduto, condizionato e compromesso da una fase prodromica (istruttoria) di carattere inquisitorio.

Nacquero dunque, con il 1808, e si diffusero in Italia e in vari altri paesi, modelli bifasici, o come si suol dire misti. Essi spezzano il processo di primo grado in due tronconi, con il primo destinato, in diverse misure, a improntare l'intero processo e ad incidere su quel dibattimento che - si è sempre asserito - dovrebbe costituire il centro.

In Italia sembrava che questa lontana ipoteca, accesa con il 1808, dovesse estinguersi con il codice del 1888. Ma ciò - alla resa dei conti e a seguito di molti compromessi - non si è totalmente realizzato. E' sufficiente considerare gli artt. 500-515 del nuovo testo italiano ³, per comprendere quanto ancora la fase preliminare, gestita dall'accusatore, possa gravare sul dibattimento. E basta considerare la gamma delle varie procedure "abbreviate", destinate a concludersi (magari con una condanna a trent'anni di reclusione: art.442) senza

²Cfr. M. NOBILI, *Modernità di un antico sistema giudiziario* (discorso pronunciato per l'ingresso dei nuovi Capitani Reggenti della Repubblica di San Marino), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1980, pp.1065-1071.

³Le citazioni di articoli con il solo "numero arabo" si riferiscono al testo definitivo del codice di procedura penale italiano del 1988. Le citazioni seguite dalla dicitura "prog." si riferiscono al progetto preliminare definitivo per la Repubblica di San

dibattimento, sul materiale probatorio formato dall'accusatore, per verificare quanto ci si sia allontanati dalle idee iniziali che ispiravano la riforma italiana, con seri, conseguenti dubbi e rischi circa una procedura, rinnovata sì, ma ancora una volta costruita su due fasi giustapposte.

Constatata l'attuale, grave difficoltà - nei nostri paesi - a innestare soluzioni di *common law*, basate sulla riduzione del processo al solo dibattimento, va posta in discussione l'idea originaria di spezzare il procedimento in due fasi, per affidarne la prima a un magistrato inquirente.

2. Muovendo da postulati in via di massima coincidenti (realizzazione dell'accusatorietà, dei pieni diritti difensivi etc.), i due legislatori - nei lavori preparatori dell'ultimo decennio - si sono poi indirizzati e sono pervenuti a soluzioni pressoché antitetiche. Quello italiano - ad esempio - posticipa a un eventuale esercizio dell'azione (imputazione) e a un eventuale dibattimento, il principio di pertinenza-rilevanza (art.187); il diritto a difendersi provando (art.190) e, più in generale, le piene garanzie difensive. E fa slittare, a un momento avanzato, il diritto della persona a conoscere l'esistenza di una procedura a suo carico (artt.335 e 369) etc.

Quello sammarinese anticipa tutto ciò - per regola - al momento della *notitia criminis*. Ma soprattutto - giova insistere - il modello italiano è ancora una volta *bifasico* e le indagini preliminari sono condotte, come *dominus*, dall'accusatore (artt. 326 e 358). Invece il progetto sammarinese costruisce una procedura di primo grado a fase unica. Questa caratteristica, del tutto peculiare, lo differenzia dai tre grandi modelli - dell'istruzione formale, dell'istruzione sommaria, dell'inchiesta preliminare dell'accusa - pur essendo evidenti talune "parentele" con essi. Si tratta dunque, e per così dire, di un processo ad arcata unica: dalla *notitia criminis* alla sentenza conclusiva del grado.

Questa soluzione non è nata dal nulla, ma affonda le proprie radici in talune tradizioni sammarinesi, opportunamente sviluppate e, per altro verso, in un fermo indirizzo di riforma. Infatti i binari che hanno condotto all'attuale progetto sono essenzialmente due: come anticipavo, è stato storicamente indispensabile, e indiscutibile, incorporare - dalla precedente figura di un giudice inquirente - le funzioni dell'accusa (e dell'azione penale). E' certo: non vi può essere un giudice imparziale, *in medio cognoscens*, se il ruolo d'accusa non viene affidato a un diverso organo. Più che ritoccare l'anteriore figura del procuratore del fisco, si è trattato di "crearla *ex novo*".

Una seconda linea discende, non soltanto dal conservare la tradizionale monocraticità del giudice sammarinese (assetto istituzionale per il quale non risulta alcun orientamento di riforma) ma, altresì, da un tratto caratteristico di una delle vecchie procedure: la continuità

Ogni soluzione - si sa - ha i suoi rischi. Ma i pregi di quella progettata sembrano, comunque, evidenti e di spicco: piena salvaguardia del principio d'immediatezza; rispetto di un criterio di economia (perchè non necessitano ripetizioni probatorie); efficacia delle varie esperienze conoscitive che si susseguono via via (perchè le "basi" della sentenza non vengono formate in un dibattimento, inevitabilmente più o meno lontano nel tempo rispetto ai fatti da provare); assenza di ogni problema circa il pieno valore probatorio di quanto si conosce giudizialmente dalla notizia di reato in poi: sin dall'inizio della procedura viene attivato l'intervento, nei rispettivi ruoli, delle parti e dell'organo demandato a decidere.

Giova ribadire come in questo modello non esistano questioni circa la natura delle indagini preliminari, perchè tale fase non esiste come struttura procedurale autonoma. Da questa radice è nato il carattere distintivo che già segnalavo: un processo di primo grado costruito come un'attività unitaria e continua.

Il nocciolo del discorso, nei suoi risvolti positivi e negativi, sta forse qui e sarà, perciò, il caso di approfondire. Se, infatti, dovessi indicare il postulato e nucleo fondamentale su cui è stato concepito il progetto, proverei a individuarlo in questi termini: con la notizia di reato, almeno nelle nostre società, si determinano effetti e ripercussioni sociali subitanee; esigenze di accertamento e di repressione del crimine; situazioni immediatamente e potenzialmente lesive dei diritti di libertà individuali. Tutto ciò, fin da quella "scintilla iniziale". Non è vero che gli effetti sulla società e sull'individuo siano posticipati e posticipabili al momento, conclusivo, della sentenza. Perciò risulta assai rischioso costruire, oggi, una prima fase esclusivamente gestita dalla polizia; o esclusivamente gestita da un giudice inquirente; o esclusivamente gestita dall'accusatore (sia denominata e strutturata, quest'ultima fase e soluzione, come istruzione sommaria o come indagini preliminari). Non esistono periodi procedurali in cui si dia la necessità di competenze funzionali esclusive della sola polizia, o della sola accusa (e, tanto meno, di un solo giudice).

E' subito necessario che la pubblica accusa abbia il dovuto spazio per informarsi e per condurre (costruire), per l'appunto, l'accusa. E' subito necessario che la difesa abbia "*os ad loquendum*". A tal fine non basta certo consentire al difensore di presenziare o partecipare a taluni atti (artt. 364-366 del codice italiano) - magari dilazionabili o posticipati, per regola, a un momento avanzato dell'*iter* - per evitare, così, errori, pregiudizi e, comunque, effetti sociali (extraprocessuali) immediati, talvolta devastanti o irreparabili.

In terzo luogo è indispensabile che le esigenze della difesa non ostacolino quelle dell'accusa, e, per converso, che le funzioni

giurisdizionale, ossia a un giudice, concepito come equidistante - fin dal principio - dalle due parti contrapposte.

3. S'aggiunge, a questo punto, un secondo tipo di premesse: è improvvido considerare l'azione penale coincidente o automaticamente esercitata con la mera *notitia criminis* (magari palesemente infondata), in ispecie ove non s'intenda accogliere un regime di azione penale "privata". Perciò l'azione, intesa come domanda di sentenza da parte di un apposito organo statuale (accusatore pubblico), si colloca in un momento e come atto ovviamente distinto da quella *notitia criminis*, ossia più avanzato, rispetto all'inizio dell'attività giudiziale. L'opposta soluzione equivarrebbe comunque, e come or ora accennato, ad accogliere un sistema di azione penale "privata".

Da questa duplice serie di postulati deriva quello che forse possiamo ormai considerare uno fra i più notevoli e recenti indirizzi della procedura penale moderna. Anzi, starei per dire, dei giorni nostri: l'opportunità di una "presenza" dell'organo giurisdizionale, ancor prima dell'esercizio dell'azione. Questo concetto di "giurisdizione senza azione" - a prima vista e dal punto di vista dogmatico - sembra addirittura stridere, come blasfemo. Costituisce invece - vorrei insistere - un traguardo recente della procedura penale e una scelta tutt'altro che improvvida.

Il codice italiano del 1988 e il progetto sammarinese sono molto diversi tra loro; quasi agli antipodi, pur dichiarandosi entrambi protesi a realizzare un processo accusatorio e rispettoso delle garanzie difensive. Accolgono tuttavia, entrambi, quella novità: la garanzia di un organo giurisdizionale chiamato a intervenire ancor prima che sia esercitata l'azione. E' questa, almeno in parte - e si a detto per inciso - una delle ragioni per cui il codice italiano in realtà non accoglie il modello "puro" dell'inchiesta preliminare.

Da quel nucleo di soluzione comune, però, le strade si separano e i due sistemi si sviluppano - ancora una volta - lungo strade assai diverse. Il giudice sammarinese per il primo grado (commissario della legge), oltre che essere unico per l'intero procedimento, è un giudice con "pieni poteri", analoghi a quelli del giudice dibattimentale italiano, anche perchè la sua disciplina è, per l'appunto, unitaria, pure con riguardo a tali poteri. Nel progetto sammarinese si trattava di risolvere il problema del ruolo di un (unico) giudice. Quello italiano per le indagini preliminari (il cosiddetto gip) è invece concepito in "forme spezzettate" e disegnato in termini deboli, benchè le funzioni demandategli siano numerose e di straordinaria importanza: quel "garante giurisdizionale" v'è il rischio che possa risultare, nella prassi applicativa, un organo di facciata. Nel progetto sammarinese si corre, semmai, il rischio

conseguenziali, è dunque che, fin dalla notizia di reato, si danno immediate esigenze dell'organo dell'accusa, della difesa, ed esigenze di garanzia giurisdizionale (ossia di controllo del giudice).

Corollari: (I) non già una fase di attività affidata esclusivamente, a qualsivoglia titolo, al solo accusatore; (II) intervento immediato, dalla *notitia criminis* in poi, delle tre posizioni soggettive essenziali: accusatore, difensore, giudice; (III) assegnazione all'organo giurisdizionale di poteri adeguati ai suoi grandi compiti, tuttavia (IV) da esercitare su domanda (e non *ex officio*): ad esempio, per stabilire se occorra - per le esigenze dell'accusa - una misura di coercizione cautelare. Ad esempio: per valutare se necessiti, nel caso concreto, un regime di segretezza per il compimento di quell'atto. In tal senso il progetto fa grande affidamento sui poteri e sul ruolo del giudice, anche nei momenti iniziali della procedura, a differenza dal codice italiano che - ripeterei con franchezza - costruisce con mano esitante la figura del giudice per le indagini preliminari, pur assegnandogli funzioni importantissime.

Il discorso è delicato e complesso. Dovremo limitarci a due rilievi: ogni disegno normativo di geometrie processuali corre il rischio di venir sfigurato dalla prassi. Il progetto sammarinese - va detto - potrà risolversi anche in amare delusioni, se il futuro procuratore del fisco non saprà vivere a pieno il suo ruolo, responsabile, di unico ed esclusivo organo dell'accusa. E, soprattutto, se il futuro commissario della legge dimenticherà di essere un giudice e tenderà a far rivivere i suoi vecchi ruoli di "inquirente", o a duplicare funzioni d'accusa che non gli competono più.

Inoltre, benchè in questa sede occorra limitarsi al profilo della procedura penale, una valutazione più compiuta del sistema non potrà comunque prescindere dai caratteri del qui perdurante ordinamento giudiziario, di natura professionale.

4. Vediamo ora, un po' più in dettaglio, il progetto, anche se - è ovvio - risulta pressochè impossibile riassumere in pochi tratti un *corpus* normativo minuzioso com'è, per sua natura, un codice di procedura penale.

Parte eminente della disciplina e dei principi generali viene dettata con riguardo ai soggetti (libro I), agli atti e alle invalidità (libro II), alle prove (libro III), alle misure cautelari (libro IV). Ma la nostra sintesi illustrativa si muoverà prevalentemente sullo svilupparsi del procedimento (libro V), seppure con menzione di talune norme sulle prove, sulle misure cautelari e su possibili "incidenti di percorso"⁴.

⁴Il progetto si completa con il libro VI, sulle impugnazioni (Artt. 260-290), con il libro VII, sull'esecuzione (artt.291-311), con il libro VIII, sui rapporti

Il procedimento si avvia con una *denuncia (notitia criminis)*: di un privato (art.188 co.5 prog.); di un pubblico ufficiale o impiegato (art.188 co.1-4 e 7 prog.); della polizia (art.190 prog.). Tale notizia di reato determina un obbligo di provvedere (quanto meno con archiviazione) in capo all'autorità giudiziaria (art.11 prog.). Per converso non spetta al potere giudiziario svolgere funzioni di polizia: in ispecie, controllare la società senza *notitia criminis* e ricercare ipotesi di reato (artt.188 co. 7 e 23 prog.). In senso contrario l'art.330 c.p.p. ital. Questo "grande potere" di attivare la macchina giudiziaria (tuttavia distinto dall'azione-imputazione) spetta, dunque, a chiunque. E' bilanciato dalla responsabilità per calunnia e dalla nuova norma sulle denunce anonime (art.189, in ispecie co.3 prog.).

Alla polizia non è demandata una fase procedurale autonoma. In ciò si dà analogia con il codice italiano. Tale organo deve comunque, e ovviamente, ricercare i reati (anche di propria iniziativa); non appena riceva o scopra, da per sè, una notizia di reato, ha però obbligo di far intervenire l'autorità giudiziaria, rivolgendosi al procuratore del fisco (art.190 cit.). La polizia giudiziaria, in tale sua funzione, dipende dall'autorità giudiziaria (art.22 prog.), non forma prove, salvo eccezioni del tutto peculiari (art.23, 88 co.3, 190 co.3, 208-210 prog.), ma ha obbligo di fornire informazioni; anche al giudice, ove si palesi l'eventualità di acquisire prove favorevoli alla difesa (art.190 co.4 prog.).

Con la notizia di reato inizia, dunque, una serie di atti (procedimento o processo) che vedono *l'intervento delle tre funzioni fondamentali*: accusatore (art.190 co.1 cit.), giudice (art.193 co.3 e 194 co.1 prog.) e "difesa" (art.193 co.4 e 195 prog.). In ciò la notevole differenza - come più volte sottolineato - dal codice italiano. Meritano segnalazione le norme, "riassuntive", degli artt.11, 23, 194 prog..

La regola è dunque rappresentata da un'attività di formazione della *prova*, che consegue alla *notitia criminis*. Eccezioni (non trascurabili) sono rappresentate: dalle ipotesi peculiari in cui l'attività di "accertamento" di polizia non è determinata da preesistenti notizie di reato, ma si incorpora nelle consuete incombenze di controllo amministrativo: atti c.d. a finalità mista, ora disciplinati con il rispetto di garanzie difensive (ad esempio: analisi in materia alimentare e d'inquinamento). Altre eccezioni, "*ratione materiae*", sono state introdotte per il settore dell'infortunistica stradale e simili (art. 208 e 209 prog.).

La polizia può infine acquisire vere e proprie prove, in casi di assoluta ed eccezionale urgenza. La norma - necessaria ma rischiosa -

sammarinese non preveda una corte di cassazione (e neppure una corte costituzionale), mentre si è dedicata particolare cura alla materia del libro VIII, anche

viene dettata con speciale rigore (art. 210 prog.): tra l'altro, è prevista un'apposita procedura, in contraddittorio, di convalida (artt. 210 co.3 e 215 prog.) e si richiede una peculiare verifica sul presupposto che legittima l'atto: impossibilità, da accertare appositamente, nel caso concreto, di far intervenire l'autorità giudiziaria nelle forme ordinarie. Il rischio di un'invalidità probatoria dovrà fungere da contrappeso a possibili errori o arbitrii.

Poichè la regola è quella della garanzia giurisdizionale, neppure il *procuratore del fisco* è titolare di una autonoma fase processuale (istruttoria o inchiesta preliminare) (art.210 co.5 prog.). Anche qui è rimarchevole la differenza dal codice italiano che, invece, costruisce il pubblico ministero come *dominus* (art.326 c.p.p. ital.), "gestore" e - si dice - "stratega" della fase iniziale del procedimento. Il procuratore del fisco non è concepito come organo di polizia, ma le previsioni eccezionali di poteri in materia di accertamento (prove) e di misure cautelari (artt. 165 e seg. prog.) coincidono per tali due organi.

Sono di rimarchevole rilievo le disposizioni che prevedono l'iscrizione della notizia di reato (art. 193 cit.) e la *comunicazione giudiziaria*: artt. 195 e 196 prog.. In specie tale normativa pone un termine "stretto" per l'*attivazione della funzione difensiva*. Quest'ultima non si verifica (art. 196 co.3 prog.) solo nei casi, per così dire scontati, in cui si pervenga, in quel brevissimo termine, ad una (immediata) archiviazione. Può essere ritardata nell'ipotesi di c.d. segretazione "*ope judicis*", della quale diremo fra breve. Diversa la soluzione italiana che ora vieta come regola generale (con evidente incoerenza rispetto al nuovo sistema e con involuzione rispetto al codice del 1930), la conoscenza anche dell'iscrizione della *notitia criminis* (art. 335) e che quasi svuota di efficacia, rispetto alla previgente normativa, la c.d. informazione di garanzia (art.369).

Al di fuori da quelle eventualità, la notizia di reato (provenza dalla polizia o da chiunque) dunque, determina nel progetto sammarinese una procedura giurisdizionale in contraddittorio (garanzie difensive), ancor prima che il titolare dell'accusa abbia formulato l'imputazione (con ciò esercitando l'azione) (art. 200 prog.). Un "intervento" della difesa, anteriore all'azione penale, venne peraltro già affermato dalla Corte costituzionale italiana fin dal 1968 (sentenza n.86), la quale estese diritti del genere alla fase preistruttoria, collocata, dal codice del 1930, prima dell'esercizio dell'azione penale.

5. Tutto il sistema sammarinese è così costruito sull'iniziativa di un "nuovo" organo, titolare dell'accusa (*procuratore del fisco*); sulla garanzia giurisdizionale (*commissario della legge*) e sull'intervento della difesa.

Il codice sarebbe, però, improvvido e utopistico, se non

segretezza determinati, a priori, (a) su un periodo della procedura, o (b) sulla natura dell'atto da compiere (ad esempio: acquisizioni testimoniali). Non si ravvisano ragioni per esaminare segretamente i testi in un caso - per portare un esempio tra molti - di diffamazione a mezzo stampa. La soluzione si basa, ancora una volta, sui poteri e sulla "posizione" del giudice, e sul principio della domanda. Sarà il commissario della legge a controllare e decidere se la segretezza sia necessaria - in quel caso specifico - per le esigenze dell'accusa. Per converso, simile segretazione momentanea di taluni atti non può essere disposta senza richiesta.

Accanto a ipotesi, scontate, di segretezza "*ope legis*" (art. 218 co. 1 prog.; intercettazioni telefoniche etc.), si prevede, dunque, una possibilità di *segretazione "ope judicis"*, ossia autorizzata dal commissario della legge e così pure un *regime di urgenza*, disposto, del pari, "*ope judicis*" (artt. 218-221 prog.). Anche queste soluzioni si basano su notevoli poteri del giudice.

6. Qualora non operino simili regimi eccezionali, la procedura si svolge in contraddittorio: più in particolare i soggetti (giudice, accusatore, difensore) sono posti in grado di conoscere il fascicolo (che è unico e "per tutti"): artt.204 e 205 prog.. Nel codice italiano, invece, il giudice per le indagini preliminari non è sempre legittimato a conoscere integralmente il fascicolo anche laddove deve provvedere: soluzione fortemente criticabile, alla quale dedicheremo, più oltre, un cenno. E tutto quel sistema si basa su una disciplina innegabilmente complessa, che prevede due (o tre) fascicoli (artt. 430-433; 500-515). La regola è rappresentata così, nel progetto sammarinese, da una assenza di segretezza interna, mentre ancor perdura un doveroso *divieto di divulgazione* (art. 222 prog.) "all'esterno". Quest'ultimo risulta mitigato dalla possibilità di una pubblicizzazione autorizzata dal giudice (art. 222 co. 4 prog.): ad esempio per una riconosciuta necessità di autotutela, "esterna" al processo, della persona accusata. Tale divieto (di divulgazione) perdura, altrimenti, fino all'udienza di decisione ed è penalmente sanzionato (art. 223 prog.).

7. La trattazione del processo prevede apposite forme di intervento dell'accusa e della difesa (artt. 206 e 207 prog.): in specie ciò si sviluppa (anche) tramite *udienze di trattazione* (istruttoria nel senso etimologico) (artt. 211 e seg. prog.). Tali forme integrano il metodo fondamentale di svolgimento della procedura. E' costruito un regime duttile ed articolato, al proposito (artt. 214 e 217 prog.), con particolare disciplina per le *udienze di acquisizione probatoria* (art. 215 prog.), semprechè non sia stato disposto il già menzionato regime di temporanea segretazione. La procedura tramite udienze potrà essere

dire, adattabile. Ma per raggiungere questo obiettivo non è stato necessario prevedere riti "alternativi" o "differenziati" a priori.

8. In questo svolgersi della procedura, il ruolo dei soggetti e le garanzie dettate per l'accertamento, si completano con le disposizioni del libro III (sulle *prove*): esse danno sostanza, per così dire, a tutto il sistema.

Vanno ricordate alcune regole che riguardano, per l'appunto, l'intero procedimento, dalla *notitia criminis* alla sentenza. La conseguente omogeneità di disciplina integra forse il tratto saliente del modello progettato; lo differenzia nettamente da quello italiano del 1988, nel quale la fase preliminare è disciplinata in maniera ambigua o incerta (ambito di operatività del libro III c.p.p. ital.), proprio sul punto, centrale, delle acquisizioni conoscitive via via poste in essere. Non è, ad esempio, chiarito se il principio di pertinenza (art.187), o il diritto a difendersi provando (art.190), o la disciplina delle prove indirette (art.195) etc. si estendano alla fase preliminare.

Il progetto sammarinese afferma, per l'intero procedimento, il principio di pertinenza (art. 69 prog.). Esso esclude che l'autorità giudiziaria possa compiere indagini c.d. "alla cieca". Vanno altresì ricordate altre fondamentali previsioni: l'esame diretto dei testimoni (art.97 prog.); l'iniziativa e il diritto delle parti alla prova (art. 70 co.1 e 2 prog.), temperato da poteri di supplenza del giudice (art. 70 co. 3 prog.); le garanzie poste a tutela della legalità nella formazione e valutazione della prova: in specie ci si riferisce ai limiti posti alle prove c.d. innominate o atipiche (art. 75 prog.); al trasferimento di prove fra processi diversi (art. 76 prog.); alle prove illecite, ossia frutto di reato (art.77 prog.); ai limiti che discendono dalla tutela del segreto di stato (art. 79 prog.), o di segreti professionali (artt. 81 e 82 prog.), o del c.d. diritto d'astensione dei prossimi congiunti (art.83 prog.). Alcuni limiti (c.d. segreti) operano solo finché il reato non superi una determinata soglia di gravità. Tale soluzione riguarda i dottori commercialisti, gli istituti di credito etc. (art.82) ed è ricalcata su quella che per solito si adotta in materia d'intercettazioni telefoniche o di misure cautelari.

Meritano altresì segnalazione la garanzia di inutilizzabilità delle prove "*contra legem*" (artt.88 e 89 prog.) e i limiti posti per l'uso delle prove indirette (testimonianze "*de relato*" e simili) (art. 87 prog.). Sono poi dettate regole per la valutazione della prova e di "cautela" per il vaglio della prova indiziaria (artt. 90 e 91 prog.); disposizioni rigorose a tutela dell'interrogatorio (artt.102, 105-107 prog.), ivi compreso il diritto alla non autoincriminazione (art. 103 prog.), e il divieto di accompagnamento coattivo, o di misure cautelari, per ottenere dichiarazioni (in specie: la confessione) dell'imputato (artt.99 co.3 e

Mentre il titolo III detta apposita disciplina per i singoli mezzi di prova (perizia, prova documentale etc.) che non è possibile esaminare nel dettaglio (salvo ricordare almeno la perizia in diritto), mette conto insistere che queste regole garantiscono tutta l'attività a natura probatoria che si compie dalla *notitia criminis* in poi. Queste acquisizioni sono prove e sono direttamente conosciute, tutte, dal giudice demandato altresì a sentenziare.

Nel sistema progettato è dunque inesistente il problema che affligge i vari sistemi "bifasici": quello concernente il valore probatorio, o non, delle conoscenze giudiziali acquisite nella fase prodromica al dibattimento. Pure qui emerge rimarchevole la differenza dal modello italiano del 1988: esso garantisce la fase del giudizio e l'istruzione dibattimentale con grande impegno. Ma non possiamo affermare altrettanto per la fase delle indagini preliminari. Eppure è anche durante quest'ultima, e non solo con la decisione (sentenza) dibattimentale, che sono in gioco diritti di libertà, in ragione dei possibili provvedimenti di cattura, di sequestro, d'intercettazione telefonica etc., nonchè, in quel sistema, sentenze di condanna. Il "materiale" formato dall'accusatore - come si è già accennato - è poi tutt'altro che privo d'efficacia nel dibattimento (artt. 431, 500, 503, 511-515).

9. Nell'arco di questo svolgimento occorre provvedere, dunque, sulla notizia di reato. Il procuratore del fisco deve richiedere o una *archiviazione* (art. 197 prog.), oppure esercitare l'*azione penale*, fissando l'imputazione (art. 200 prog.).

E' previsto un obbligo di sollecitudine - per queste due forme alternative del "provvedere" - ma non viene dettato a priori un termine. Ciò a differenza dal codice italiano che fissa termini massimi (sino a due anni; artt. 405-407) alla durata delle indagini preliminari del pubblico ministero. Non bisogna però dimenticare che - nel progetto sammarinese - dalla *notitia criminis* in poi, già risulta attivata e costruita una procedura (processo) sotto il controllo del commissario della legge, inteso, anche a tali fini, come "garante". E' perciò il giudice che deve intervenire ad assicurare il tempestivo svolgimento di quei due compiti (alternativi) del procuratore del fisco. La soluzione progettata pare preferibile: infatti le esigenze dell'accusa - in ordine alla durata delle indagini - mal si lasciano ridurre a un tariffario "meccanico" di termini massimi.

Affinchè simili poteri, rimarchevoli, del procuratore del fisco non siano esercitati arbitrariamente - per eccesso o per difetto - occorrono regole apposite e controlli.

Più in particolare (A) è necessario vietare una mera archiviazione dopo il compimento di attività processuale di una determinata "consistenza"; ad esempio un provvedimento di coercizione

preclusioni. Il codice italiano, invece, e ciò francamente induce a perplessità, consente una archiviazione anche in ipotesi di due anni di "dense" indagini, poniamo, e pure nei casi di previo provvedimento di cattura cautelare (artt. 60, 405, 279, 408/1). Per converso, il procuratore del fisco dovrà curare con solerzia un efficace esercizio dell'accusa (azione): tale esercizio sortirà in una sentenza assistita dal "*ne bis in idem*". In tal caso, non essendo previste "mere" sentenze istruttorie, non sarà possibile una successiva riapertura delle indagini (ove il fatto risulti identico). L'archiviazione consente, invece, una riattivazione del procedimento. Nella stessa logica starà al commissario della legge non costringere intempestivamente il procuratore del fisco a provvedere, laddove una mera archiviazione risulti ormai non consentita.

Sono comunque necessari (B) meccanismi "sollecitatori" nelle ipotesi in cui ingiustificatamente il procuratore del fisco non provveda (senza neppure richiedere una archiviazione), lasciando la notizia di reato inesa, ovvero non formulando l'imputazione (artt. 200 co.5 e 201 co.1 prog.). Infine (C) occorre un analogo intervento del giudice, qualora non sussistano gli estremi per decretare l'archiviazione richiesta (art. 199 prog.). Qui i rimedi sono rappresentanti da inevitabili interventi del giudice, eventualmente sollecitato dalle parti private.

Escluse le ipotesi di archiviazione, e svolto il procedimento, con le forme rammentate, sull'*imputazione* fissata dal procuratore del fisco (art.200 cit.), il processo di primo grado si conclude con l'*udienza decisoria pubblica* (artt. 227-241 prog.).

Preme notare - ancora una volta - che questo momento processuale non coincide con una nuova fase, nè con una istruttoria dibattimentale. Le parti e, soprattutto, quello stesso giudice - ciascuno, ovviamente, nel proprio diverso ruolo - già sono "interventuti" rispetto al materiale conoscitivo via via acquisito o formato. Il principio d'immediatezza e il contraddittorio si sono, insomma, già pienamente realizzati durante l'intero arco della procedura. E' proprio questa la caratteristica peculiare del modello progettato.

In definitiva: questo momento che, nei vari sistemi "bifasici", abbisogna di un vero e proprio dibattito - o con iterazione di attività probatoria, o con utilizzazione di prove formate da altri magistrati in una diversa fase (preliminare) - qui può essere riservato solo alla pubblica discussione su tutto il materiale probatorio via via formato e alla decisione.

Benchè dal punto di vista "logico" discussa, l'assoluzione per *insufficienza di prove* è prevista (art. 237 co.3 prog.), a differenza dal nuovo codice italiano (art. 530), nel mentre il medesimo art.237 detta altre *regole decisorie*, assai importanti, improntate al c.d. *favor rei*.

10. Questa è, dunque, la linea fondamentale del processo di primo grado. Su di essa si possono innestare situazioni eventuali (più o meno eccezionali). Dovremo limitarci ad alcuni cenni, nonostante l'importanza di taluni profili.

Si tratta, innanzitutto, delle *misure cautelari* (libro IV). In tale parte, progetto sammarinese e codice italiano del 1988 vanno di pari passo, almeno per quanto riguarda le impostazioni "di principio". Per la Repubblica di San Marino è comunque davvero immenso il salto progettato rispetto al previgente sistema.

Segnalerei soprattutto: lo sforzo volto a escludere che le misure di coercizione personale siano usate come una sorta di sanzione anticipata (art.148 prog.), pur non risultando escluse misure a tutela della collettività (art.149 prog.); una robusta affermazione del principio di legalità (art.145 prog.), di stretta necessità (art.146 prog.) e una ferma individuazione di presupposti (c.d. *fumus boni juris*) (art.147 prog.). Ancora: l'individuazione di una gamma articolata di misure, anche sostitutive del carcere (e pure di natura patrimoniale), improntate al fondamentale principio di progressività e di necessità.

Speciale evidenza merita poi l'abolizione di ipotesi di coercizione obbligatoria (art.146 co.1 prog.), anche qui in totale assonanza con il nuovo codice italiano. L'autorità giudiziaria deve *poter* disporre delle opportune misure cautelari. Ma essa non va obbligata ad applicarle automaticamente. Ciò in sintonia con le più moderne legislazioni - anche a livello di principi internazionali - e per evitare che la gravità dell'imputazione trasformi queste misure in altrettanti interventi sanzionatori ("pene anticipate" per i reati più gravi). La presunzione di innocenza opera a prescindere dalla gravità del reato. Nonostante perplessità e come si accennava, restano comunque consentite misure (facoltative) a tutela della collettività, ossia per fini di prevenzione del crimine.

A differenza della rammentata soluzione italiana del 1988, il provvedimento di cattura integra azione penale e comporta che sia formulata l'imputazione "vera e propria". Nel sistema italiano, invece, la cattura non è considerata esercizio dell'azione e consente ancora una mera archiviazione. Ma, se sussiste sufficiente "materia" per catturare, come può non esservi una base sufficiente per l'azione penale e per qualificare normativamente quest'ultima come già promossa? La soluzione sammarinese, del resto, coincide con quella accolta dalla legislazione italiana del 1930.

L'ultimo punto, di carattere generale, che va ricordato, consiste nella nuova realizzazione della garanzia giurisdizionale. Anche qui in linea con le legislazioni moderne: salvi casi del tutto eccezionali (artt.165 e seg. prog.), e comunque sottoposti a una apposita procedura d'immediata convalida, le misure sono (a) disposte dal giudice, inteso come organo della libertà individuale (art.160 prog.). Al tempo

della legge, ossia una iniziativa svincolata da una domanda dell'organo chiamato a impersonare le esigenze e le funzioni d'accusa: il procuratore del fisco. Sono le stesse ragioni che - per assicurare un ruolo d'imparzialità all'organo giudicante - determinano, più in generale, il principio della domanda: quest'ultimo, a sua volta, realizza una separazione fra organo dell'accusa (titolare dell'iniziativa) e organo della decisione.

Il commissario della legge sarà chiamato a provvedere alla stregua dell'intero quadro di "risultanze" probatorie sino ad allora emerse. Tale soluzione, accolta dal progetto sammarinese, parrebbe indiscutibile e scontata. Ma non è così: il nuovo codice italiano, infatti, introduce, sì, una competenza funzionale esclusiva del giudice per le indagini preliminari - a disporre la cattura o altre misure cautelari - ma consente che l'accusatore scelga le "carte" da sottoporre, a tal fine, a quel c. d. garante giurisdizionale. E consente, al pubblico ministero, di non trasmettere - al giudice medesimo - gli atti a natura probatoria eventualmente favorevoli alla difesa, tra quelli già acquisiti. E' una soluzione (art.291/1 del codice italiano) che lascia profondamente stupiti.

A criteri analoghi soggiace, nel progetto sammarinese, anche il sequestro per fini di prevenzione criminale (tit. II, sez. 1°; in specie: art.183 prog.).

11. Vanno almeno menzionate altre "varianti", di carattere peculiare, all'usuale svolgersi della procedura. Conviene rilevare, francamente, che hanno qui inevitabilmente pesato talune caratteristiche istituzionali della Repubblica (assenza di una corte di legittimità; di giurisdizioni collegiali specializzate; di una corte costituzionale etc.). Per la loro linearità, e in assenza di qualsivoglia orientamento di riforma in proposito, non si è però neppure pensata una proposta di modifiche istituzionali al riguardo.

Procedimenti riguardanti magistrati (art.4 prog.): per essi è stata indispensabile - a garanzia d'imparzialità - la previsione di magistrati supplenti.

Procedura di *astensione e ricsuzione*: per serie ragioni, essa risulta estesa anche al procuratore del fisco (la cui attività è soggetta alla legge, eppure non può essere considerata di carattere "meccanico" o "automatico") (artt. 5-10 e 13 prog.). In tali casi è parso preferibile, data la possibile delicatezza ed eccezionalità delle situazioni disciplinate, fare ricorso a quegli stessi magistrati supplenti la cui previsione era comunque già indispensabile ad altri fini e che dovranno essere preveduti dalla normativa di ordinamento giudiziario.

Parte lesa. Si è mantenuta tale tradizionale figura (art.14 e seg. prog.), assieme a un più generale regime di coordinamento fra giurisdizione penale e giurisdizione civile (e amministrativa).

iniziali perplessità, se ne è consentito l'intervento, anche a tutela di un proprio interesse all'accertamento dei fatti destinati a rilevare in sede civile. Eppure non si è voluto appesantire il processo penale, consentendo ivi la proposizione dell'azione civile vera e propria, ossia demandando, al giudice penale, di sentenziare sul "*petitum*" di tale parte e sulla quantificazione del danno. Benchè non eserciti l'azione civile (per restituzione e risarcimento dei danni da reato), quel soggetto è ammesso tuttavia - nel processo penale - come parte, a sostegno delle proprie ragioni.

Quanto alle *pregiudiziali* - con profonde differenze dalle nuove soluzioni italiane (artt.2, 3, 479, 651-654, 630 lett. "b") - si è scelta una via intermedia e, diremmo, originale fra le due opposte tendenze: (a) principio di unitarietà della giurisdizione, soprassessoria, preminenza e assoluta vincolatività della decisione pregiudiziale; (b) regime di autonomia e di accertamenti giurisdizionali autonomi e, come si suol dire, "paralleli". La soluzione progettata si individua, ad esempio, dall'art.247 prog.: è consentito discostarsi da un precedente giudicato, solo ove risultino nuove prove o nuovi elementi decisori. In caso contrario è previsto un coordinamento e una omogeneità delle pronunzie. Tale soluzione ingloba in sè anche ogni profilo relativo alla eventuale diversità delle parti.

Ancora, fra le "varianti", vanno almeno menzionati: il procedimento per *decreto di condanna* (art.256 e seg.prog.) e quello con *imputati minorenni* (artt.258 e seg. prog.).

La disciplina della *connessione*, dal canto suo, non pone qui problemi particolari, come invece in altri ordinamenti giuridici. Poichè l'ufficio giudiziario sammarinese è unico - quanto a competenza per materia e territoriale - sono lasciati, al riguardo, margini di discrezionalità (art. 242 prog.).

La disciplina dell'art. 251 prog. andava dettata. Ma si tratta di procedura meramente attuativa di quanto già prevede la Dichiarazione fondamentale del 1974: *questione circa la legittimità di norme*.

Problemi delicati, ma non per questo da trascurare, si pongono (a) per i *conflitti fra giurisdizione civile e giurisdizione penale*; (b) *fra potere giurisdizionale penale ed altro potere statale* (amministrativo, ad esempio); o (c) *fra due organi della giurisdizione penale* (compresi quelli, di funzioni, tra giudice e procuratore del fisco). Una disciplina pare indispensabile, proprio perchè la materia può essere delicata: l'art. 252 prog. demanda tali eventuali conflitti al Consiglio Grande e Generale, non essendo "disponibili" altri appositi organi e risultando, il Consiglio suddetto, il primo depositario della sovranità statale.

NICOLA PICARDI

DALLA RESPONSABILITA' DEL GIUDICE ALLA
RESPONSABILITA'
DELLO STATO-GIUDICE

Sommario: 1. L'analisi funzionale dell'istituto della responsabilità del giudice. 2. Il principio dell'irresponsabilità dello Stato-giudice. 3. All'origine della responsabilità dello Stato-giudice. 4. La problematica dell'errore giudiziario. 5. L'applicazione dell'art.28 della Costituzione. 6. Ostacoli e freni alla strumentazione pratica della responsabilità dello Stato-giudice. 7. Le legislazioni francese, tedesca e spagnola degli anni '70 sulla responsabilità dello Stato-giudice. 8. Raffronto fra le legislazioni spagnola ed italiana degli anni '80. 9. Conclusioni: un'occasione mancata?

1. Il passaggio dalla responsabilità del giudice alla responsabilità dello Stato-giudice costituisce una spia significativa, attraverso cui pare possibile individuare - utilizzando l'indagine comparativa - le linee di tendenza della evoluzione attuale di un istituto fondamentale che percorre la civiltà giuridica occidentale. In questa ottica vorremmo interpretare gli esiti, in apparenza singolari, del referendum del novembre 1987: se esso aveva per oggetto la responsabilità del giudice, la legge 13 aprile 1988 n.117 riguarda, invece, la responsabilità dello Stato, o meglio dello Stato-giudice¹. Certo è che non sono mancate critiche al Parlamento per infedeltà al voto popolare, in quanto avrebbe sovvertito il risultato del referendum ².

* Il saggio, destinato agli *Studi in onore di Angelo Falzea*, è stato argomento della lezione tenuta il 29 aprile 1989.

¹Cfr., per tutti, E. FAZZALARI, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 1026 ss. ; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 670, che pone in evidenza la "rottura della bilateralità del rapporto fra danneggiante e danneggiato"; nonché L. CORSARO e M. POLITI, *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giur. it.* 1989 disp. 8° - 9°, parte IV, i quali sottolineano che "la legge n.177 non ha l'obiettivo di definire le ipotesi di responsabilità del magistrato, ma soprattutto, se non esclusivamente, quello di definire ed affermare la responsabilità dello Stato per alcuni illeciti del magistrato".

²Nel corso dei lavori parlamentari, l'On. S. RODOTA' (*Atti Camera, X Legislatura*, seduta del 19 dicembre 1987, 67° Res. somm., p.7) aveva già richiamato l'attenzione sulla relatività di tale argomentazione, osservando che la volontà referendaria "non può andare contro il quadro costituzionale: nella specie, non può violare la normativa costituzionale che garantisce l'indipendenza della magistratura". "La previsione del risarcimento da parte dello Stato non è una forzatura dei risultati

Le nostre riflessioni prendono le mosse dalle differenti funzioni della responsabilità del giudice ³:

a) la *funzione ideologica*, in quanto la responsabilità civile del giudice rappresenta il simbolo di antichi valori metagiuridici. L'estensione della responsabilità del giudice all'ipotesi della colpa grave potrebbe contribuire - si dice - a creare l'immagine di un giudice responsabile, che non gode privilegi o esenzioni, di un giudice autorevole non autoritario;

b) la *funzione preventivo-punitiva*, in quanto esercita una pressione psicologica sul giudice; il timore di incorrere nella sanzione risarcitoria costituisce una remora a commettere nuovi e più gravi illeciti;

c) la *funzione compensativa o satisfattoria*, in quanto attua la traslazione del danno dal soggetto che lo ha subito ad altri soggetti individuati in base ad un criterio di imputazione.

A seconda delle varie epoche e dei diversi contesti politico-sociali, peraltro, si finisce per privilegiare ora l'una ora l'altra di tali funzioni, combinandole differentemente.

Dalla lettura dei lavori preparatori della legge n.117 del 1988 si ha la sensazione che il nostro legislatore ha avuto presenti esigenze diverse ed ha inteso temperare finalità differenti ⁴. In questo contesto si è passati dall'azione nei confronti del giudice all'azione diretta nei confronti dello Stato-giudice, salvo rivalsa di quest'ultimo nei confronti del giudice.

A questo punto, appare, perciò, necessario un passo indietro per tentare di cogliere le radici della stessa idea di responsabilità dello Stato-giudice. Si tratta di un'idea recente che è maturata lentamente, ma progressivamente, e che va inquadrata nella più ampia problematica del

M. ACONE (*Atti Senato, X Legislatura*, seduta 4 febbraio 1988) ha aggiunto: "al cittadino, alla cui tutela vogliamo apportare un rimedio effettivo, interessa il risarcimento, non la punizione del magistrato. La punizione del magistrato deve essere una risposta a livelli diversi".

³Sulle funzioni della responsabilità civile, in genere, cfr., da ultimo, C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli 1985. Sulle funzioni della responsabilità del giudice in particolare, cfr. A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1987, pp. 240 ss.

⁴Il Sen. N. LIPARI (*Atti Senato, X Legislatura*, seduta 4 febbraio 1988, 72° Res. somm., p. 7), in effetti, già chiariva che "il provvedimento in esame tenta sostanzialmente di conciliare la funzione compensativo-satisfattoria della responsabilità con la funzione preventivo-punitiva". Si veda anche il già citato intervento dell'on. S. RODOTA': "La responsabilità civile non può essere caricata di troppi significati. La visione sanzionatoria oggi da taluni proposta è stata da

superamento del principio dell'irresponsabilità dello Stato. Fino a quando lo Stato è ritenuto assolutamente irresponsabile, lo è indubbiamente anche lo Stato-giudice. Ma già Hauriou ebbe ad affermare: "che l'Amministrazione faccia, ma che risarcisca" ⁵. E' l'inizio di un processo tendente ad affermare l'opposto principio della responsabilità generale dei pubblici poteri, fondata sulla socializzazione del rischio connesso alle attività pubbliche. Tale principio, favorito dall'espansione dell'intervento amministrativo, già in un primo tempo, ha trovato piena applicazione allo Stato-amministratore, ma la linea di tendenza - quanto agli ordinamenti giuridici continentali ⁶ - ha finito per coinvolgere, pur fra notevoli resistenze e difficoltà ⁷, anche lo Stato-giudice.

La storia dell'evoluzione dell'idea della responsabilità dello Stato-giudice appare, nelle grandi linee, sostanzialmente identica nei paesi dell'Europa continentale, caratterizzati da una comune impostazione ⁸. I singoli ordinamenti non sono, però, tutti giunti allo stesso stadio evolutivo. Sarà pertanto utile ripercorrere le fasi di evoluzione del principio in esame nel nostro ordinamento.

⁵M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 12a ed., Paris, 1933, p. 505.

⁶Negli ordinamenti anglosassoni, invece, in base al vecchio principio "the King can do no wrong", viene tuttora esclusa la responsabilità civile dello Stato per danni conseguenti all'attività giudiziaria (V. VIGORITI, *Professionalità e responsabilità del magistrato: sistemi dei paesi anglosassoni e dell'Europa continentale*, in "Foro it." 1986, V, col. 452). Anzi in Inghilterra, il *Crown Proceedings Act* del 1947, nel porre anche a carico dello Stato i danni derivanti da illeciti civili commessi dai suoi dipendenti e nell'estendere quindi allo Stato le stesse responsabilità dei propri dipendenti, esclude espressamente dall'ambito di questa responsabilità gli atti posti in essere "nell'esercizio delle funzioni giudiziarie".

⁷Vedi in P. ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris 1956, pp. 171 ss., l'esposizione dettagliata dei diversi argomenti teorici che sono stati utilizzati per differenziare la posizione dello Stato-giudice ed escluderne la responsabilità. In sintesi, l'A. distingue, da un lato, gli argomenti in base ai quali l'organizzazione peculiare della giustizia implicherebbe, di per sé, irresponsabilità (indipendenza del giudice; mancanza di collaborazione degli utenti; rischio di collusione fra le parti; carattere volontario del ricorso alla giustizia e rischio di sovraccarico economico per lo Stato), dall'altro, gli argomenti fondati sulla stessa natura della funzione giurisdizionale che comporterebbero, comunque, l'irresponsabilità dello Stato-giudice (la riconduzione della giurisdizione fra le funzioni sovrane; l'attribuzione dell'autorità di cosa giudicata al provvedimento giurisdizionale).

⁸Si veda il quadro disegnato già da J. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil*

2. Nell'ottica dell'analisi economica del diritto, il punto di partenza potrebbe essere rappresentato dal principio secondo cui in un sistema liberale puro il danno rimane a carico della vittima, in mancanza di uno specifico motivo che ne imponga la traslazione su un altro soggetto: "lasciare le perdite là ove si trovano" ⁹. In questo quadro, durante lo Stato liberale, anche i danni provocati dall'esercizio della giurisdizione non potevano non restare a carico della parte che li aveva subiti. Del resto se la *iurisdictio* è *pars summi imperii*, si tratta di atti che sono espressione del potere sovrano e, per un principio risalente, "la corona non può sbagliare" ¹⁰. Per queste vie si finiva, in altri termini, per consacrare il principio per cui lo Stato-giudice è irresponsabile per danni. Occorrerà giungere al codice di procedura penale del 1913 per un primo cenno di parziale deroga a tale principio: la previsione della riparazione per la vittima dell'errore giudiziario. Si tratta, per la verità, soltanto di una elargizione da parte dello Stato a coloro che si fossero trovati in condizioni economiche "bisognevole di soccorso", e, quindi, poco più di un sussidio caritativo.

Alla irresponsabilità dello Stato-giudice, come è noto, si accompagnava, poi, la responsabilità del giudice solo nei casi di dolo, frode e concussione e con particolari cautele (art. 783 cod. proc. civ. del 1865), il che si traduceva in una sostanziale irresponsabilità - nei confronti delle parti - dello stesso giudice (*Richterprivileg*).

Nello Stato-fascista, è restato fermo il principio dell'irresponsabilità dello Stato-giudice. Anche la riparazione pecuniaria alle vittime degli errori giudiziari ha mantenuto, con il codice Rocco, il carattere di intervento economico a titolo di soccorso diretto soltanto ad indennizzare "i danni cagionati a degli innocenti da un evento non riferibile allo Stato" ¹¹, che, pertanto, non può essere considerato responsabile.

La discussione generale sul c.d. privilegio del giudice, in quest'epoca, ha seguito la stessa impostazione, semmai l'irresponsabilità del magistrato è stata rinforzata attraverso la tesi che

⁹Cfr., per tutti, J. FLEMING, *The Law of Torts*, 5a ed. Sidney 1977, p. 274 ss. e, nella civilistica italiana, G. ALPA - M. BESSONE, *I fatti illeciti* in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. XIV, Torino 1982, pp. 12 ss.

¹⁰Cfr., retro, n.6.

¹¹Arturo ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli 1906, ripubblicato in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, 1932, p. 527 ss., nonché - limitatamente ad una parte (p. 126 ss.) - con il titolo *La riparazione alle vittime*

giustificava l'immunità del giudice in base al principio del giudicato: la responsabilità del magistrato deve "essere ristretta al dolo, che altri menti ne rimarrebbe scossa la cosa giudicata: anzi, perfino quando v sia dolo si può dubitare della sua convenienza perchè, se la decisione può essere impugnata, è questa la via per eliminare il danno subito dalla parte, e se non può e perciò *pro veritate habetur*, mal si concilia con la ipotesi di una *iniuria* commessa dal giudice" ¹².

3. Con l'avvento dello Stato repubblicano la situazione doveva, invece mutare.

Per la verità, in un primo tempo, quanto alla responsabilità dello Stato-giudice, è stata ribadita l'opinione risalente per cui "un atto illecito dello Stato, doloso o colposo, come tale, non può esistere, perchè non può considerarsi, nè un illecito dello Stato, nè un atto proprio dello Stato, ma un fatto illecito personale e proprio del funzionario, che porta una responsabilità diretta, propria del funzionario stesso" ¹³. I sostanza, si è sostenuto che le previsioni dell'art. 55 cod. proc. civ. implicherebbero l'esclusione di ogni responsabilità diretta e concorrente dello Stato ¹⁴.

Nel secondo dopoguerra doveva, però, accentuarsi quel fenomeno che, altrove, è stato definito come passaggio dalla responsabilità personale alla riparazione dei rischi ¹⁵. La funzione preventiva punitiva della responsabilità civile ha progressivamente perduto la sua centralità ed è stata sostanzialmente sostituita dalla funzione compensativa o satisfattoria. Correlativamente, è cambiato l'angolo visuale: da danneggiante alla vittima; dalla colpa alla riparazione del danno. Si assistito così ad un ridimensionamento della "colpa" e del carattere personale della responsabilità e ad un correlativo allargamento dell'ipotesi della responsabilità oggettiva. In altre parole, si è delineata la tendenza a spostare, per via diretta o indiretta, l'incidenza del danno sulla collettività. In questo contesto, è iniziato un processo evolutivo che comporterà, anche da noi, l'affermazione della responsabilità dello Stato-giudice. Si tratta di una evoluzione lenta e faticosa, perchè ha comportato il superamento non solo di ostacoli normativi, ma anche c

¹²F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1930, n. 278, pp. 671 - 672. Per ulteriori approfondimenti cfr. A. GIULIANI e N. PICARDI, op. cit., p. 140 ss.

¹³Ugo ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, II, Torino 1966, p. 28.

¹⁴Cass. 30 giugno 1960 n. 117, in "Foro it." 1960, I, coll. 1494 ss.

¹⁵G. VINEY, *De la responsabilité personnelle à la réparation des risques*;

tutta una serie di impostazioni teoriche che erano state costruite dalla giurisprudenza, sia teorica che pratica, a sostegno del principio dell'irresponsabilità.

4. Il punto di partenza va rintracciato nella Costituzione, che aveva già previsto due forme di "responsabilità" dello Stato: quella derivante da errore giudiziario (art.24) e quella conseguente a fatto illecito dei funzionari e dipendenti dello Stato (art.28). Si tratta di due norme dotate di notevole contenuto innovativo e suscettibili di ampi sviluppi applicativi ¹⁶.

L'art.24 ult. comma della Costituzione, stabilendo che "la legge determina le condizioni ed i modi per la riparazione degli errori giudiziari", finiva in effetti, per attribuire al legislatore una certa sfera di discrezionalità nell'adozione di una disciplina che rendesse effettivamente operante il principio affermato. Tale attuazione avvenne con la legge 23 maggio 1960 n.504 ¹⁷ che, in questa sede, interessa sotto tre profili. Innanzitutto, con tale normativa mutò radicalmente la natura stessa della riparazione degli errori giudiziari. La verità è che la previsione di cui all'art.24 aveva, già di per sé, una portata innovatrice, perchè era fonte di un vero e proprio diritto soggettivo alla riparazione. Coerentemente, con la legge del 1960, venne definitivamente superato il carattere "assistenziale" dell'istituto, che, fino ad allora, si risolveva - come si è visto - in una mera erogazione pecuniaria a titolo di soccorso, subordinata all'accertamento dello stato di bisogno del richiedente o della sua famiglia. In altri termini, venne definitivamente stabilito che, in questi casi, si è in presenza di un vero e proprio diritto soggettivo del danneggiato alla riparazione del danno ¹⁸. In secondo luogo, l'ambito oggettivo della riparazione restò tuttora limitato alla materia penale ¹⁹ e,

¹⁶Non va sottovalutata la connessione originaria delle due norme. Il principio della riparazione degli errori giudiziari era, infatti, incluso nello stesso articolo (l'attuale art.28), che prevede la responsabilità dei funzionari e dipendenti, nonché dello Stato. Solo nell'ultima fase dei lavori preparatori della Costituzione, la previsione dell'errore giudiziario, per presunti motivi sistematici, venne trasferita nell'attuale art.24. Cfr. V. CAVALLARI, *La riparazione degli errori giudiziari secondo l'art.24, ultimo comma, della Costituzione*, in "La giustizia penale" 1954, I, pp. 265 ss., nonché, da ultimo, G. CAIZZONE, *La responsabilità civile del magistrato nelle prospettive di riforma*, in "Legalità e giustizia" 1986, pp. 581 ss.

¹⁷Modificata successivamente dalla legge 14 maggio 1965 n. 481, per alcuni aspetti di dettaglio.

¹⁸G. LEONE, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in "Riv. it. dir. e proc. penale" 1961, p. 4.

all'interno di essa, ai soli errori accertati in un giudizio di revisione terzo luogo, e conseguentemente, rimase esclusa dalla sfera applicazione dell'istituto persino la riparazione del danno carcerazione preventiva ingiusta ²⁰. In definitiva, la legge del 1960 quanto alla natura dell'istituto, era perfettamente in linea con il prec di cui all'art.24, ult. comma, Cost., quanto alla sfera di applicazione ne restringeva notevolmente la portata.

In questa sede preme, però, soprattutto sottolineare che la Corte Costituzionale - chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità della legge in esame - pur respingendo l'eccezione, con la sentenza n.1/1969 ²¹, ha suggerito una interessante linea evolutiva per l'istituto. Essa, infatti, ha chiarito: "una legge che si limiti a dare attuazione parziale (o un inizio di attuazione) al principio costituzionale, non questo può dirsi incostituzionale, purchè - beninteso - non sia tale da precludere comunque ulteriori estensioni dell'istituto a altre e diverse ipotesi, oltre a quella regolata" ²².

5. Nello stesso contesto non minore importanza riveste la sentenza del 1968 della Corte Costituzionale ²³ con riferimento all'altro parametro costituzionale qui considerato, l'art.28 Cost. Ai nostri rilevano i seguenti enunciati:

a) "la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura provvedimenti giurisdizionali, la stessa posizione *super partes* magistrato possono suggerire, come hanno suggerite *ante litteras* condizioni e limiti alla sua responsabilità". Sono, pertanto, costituzionali ed ammissibili limitazioni alla responsabilità del giudice del

²⁰SCARDIA, *Errore giudiziario (riparazione dell')*, in "Enciclopedia del diritto" XV, Milano 1966, p. 329.

²¹Corte Cost. 24 gennaio 1969 n. 1, in "Giur. cost." 1969, pp. 2 ss., con critica di M. CHIAVARIO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari in Italia del legislatore ordinario*.

²²La sentenza in esame aggiunge che la pronuncia di illegittimità della legge 1960 condurrebbe, del resto, ad un vuoto normativo che non potrebbe essere colmato mediante l'interpretazione o l'applicazione diretta dell'ultimo comma dell'art. 24 conseguirebbe che la pronuncia di accoglimento della Corte finirebbe per provocare addirittura una situazione regressiva.

²³C. Cost. 14 marzo 1968 n. 2, in "Giur. cost." 1968, I, p. 288 ss. con nota di CASETTA, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici - una illusione del costituente?* in "Foro amm." 1968, II, pp. 1193 ss.; con nota di CAPOTOSTI, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*; nonché

di cui agli artt. 55, 56 e 74 cod. proc. civ. Le peculiarità della giurisdizione non sono, invece, tali da legittimare "una negazione totale" della responsabilità civile del giudice, che, come tale, sarebbe incostituzionale. In altre parole, la responsabilità del giudice può essere legittimamente limitata, ma non può essere totalmente esclusa.

b) La giurisdizione è "funzione statale ed i giudici, esercitandola, svolgono attività abituale al servizio dello Stato". I magistrati non sono collocati "fuori dell'organizzazione statale", anzi "la Costituzione (art. 98) li ricorda insieme ai pubblici impiegati". Ne consegue che - non solo con riguardo all'attività amministrativa, ma anche in relazione a quella giurisdizionale - trova applicazione l'art. 28 Cost.

c) "In virtù dell'art. 28 della Costituzione, là dove è responsabile il funzionario o dipendente, lo sarà negli stessi limiti lo Stato". In altri termini, la garanzia costituzionale della responsabilità statale non si estende oltre i limiti della responsabilità personale del funzionario. Ne consegue che nei limiti di cui agli artt. 55, 56 e 74 cod. proc. civ. "dovrà leggersi anche la responsabilità dello Stato per gli atti e le omissioni di cui risponde il giudice nell'esercizio del suo ministero".

d) Quanto "ai danni cagionati dal giudice per colpa grave o lieve o senza colpa, il diritto al risarcimento nei riguardi dello Stato non trova garanzia nel precetto costituzionale; ma niente impedisce alla giurisprudenza di trarlo eventualmente da norme o principi contenuti in leggi ordinarie". In definitiva, la Corte Costituzionale, anche in questa sentenza, finisce per suggerire una estensione, in via giurisprudenziale, della responsabilità dello Stato-giudice a fattispecie nelle quali non è prevista la responsabilità civile del giudice, ricordando analoghe estensioni già operate con riguardo all'attività amministrativa ²⁴.

6. Le due pronunce della Corte Costituzionale rivestono, indubbiamente, un'importanza storica, in quanto si collocano all'origine di un rovesciamento di prospettiva, che, del resto, si armonizzava perfettamente con gli orientamenti della migliore dottrina: la quale, da un lato, considerava ormai superata, anche da noi, la teoria della irresponsabilità dello Stato per atti che costituiscano espressione del potere sovrano ²⁵,

²⁴La Corte aggiunge, infatti: "per il DPR 10 gennaio 1957 n. 3 (art. 22 e 23) l'impiegato risponde solo entro i limiti del dolo e della colpa grave; eppure ciò non ha precluso alla giurisprudenza di riconoscere la responsabilità statale al di là della colpa grave e addirittura della colpa".

²⁵Cfr., per tutti, C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in "Riv. trim. dir. pubblico" 1951 e.

dall'altro, fondava la responsabilità civile sull'idea della solidità sociale ²⁶.

Si tratta, però, soltanto di prime, parziali e timide affermazioni del principio della responsabilità dello Stato-giudice. Il processo evolutivo è stato, in concreto, ostacolato, o comunque frenato, sia dal legislatore ordinario che da larghi settori della giurisprudenza teorica e pratica.

Innanzitutto, i suggerimenti della Corte Costituzionale sono rimasti inascoltati. Quanto alla riparazione degli errori giudiziari, il legislatore - almeno fino al nuovo codice di procedura penale ²⁷ - ha mantenuto l'istituto inalterato, negli angusti ambiti tradizionali. Quanto alla responsabilità dello Stato-giudice, la giurisprudenza pre-1976 - almeno fino agli anni '80 ³⁰ - si è arroccata nel principio secondo cui la responsabilità dello Stato-giudice va costruita *ad instar* della responsabilità del giudice: le limitazioni sostanziali di cui all'art. 55 cod. proc. civ., e, quindi il Richterprivileg, operano anche in relazione alla responsabilità dello Stato-giudice. Ne ebbe alcun seguito la proposta del Consiglio Superiore della Magistratura di imputare unicamente allo Stato la responsabilità per i danni provocati dal giudice, in tutti i casi in cui questi abbia agito per colpa grave ³¹.

responsabilità del giudice a cura di A. GIULIANI e N. PICARDI, in *L'Educazione giuridica*, vol. III, 1978, pp. 466 ss.

²⁶S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964.

²⁷Cfr., *infra*, nel testo.

²⁸In senso critico cfr., per tutti, F. CORDERO, *Procedura penale*, 9a ed., Milano 1987, p. 821.

²⁹Cass. S. U., 6 novembre 1975 n. 3719, in "Giur. it." 1976, I, coll. 1339 ss. nota di P. BARILE, *Della responsabilità civile del giudice e di quella inadempnente del legislatore ordinario*; tesi ribadita, successivamente, da Cass. S. U., 19 aprile 1979 n. 1716, in "Foro it." 1979, I, coll. 1133 ss. e in "Giust. civ." 1979, pp. 1742 ss.

³⁰Cfr., *infra*, nel testo.

³¹Cfr. *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Relazione sullo stato della giustizia a cura del CSM, Roma 1972, p. 11 ss. Con la successiva relazione sullo stato della giustizia per l'anno 1976 lo stesso CSM mostra per altro di abbandonare tale idea, limitandosi a sostenere che il controllo disciplinare sarebbe idoneo a sindacare le attività non dolose del magistrato (cfr. *L'adeguamento dell'ordinamento*).

In secondo luogo, un ruolo frenante è stato esercitato anche da quella parte della giurisprudenza teorica che era rimasta soprattutto sensibile ad impostazioni sistematiche risalenti. Basti qui ricordare due ordini di problemi.

Quanto alla riparazione degli errori giudiziari, si è sviluppato un sofisticato dibattito ³² diretto ad identificare, in questa ipotesi, il fondamento dell'obbligo dello Stato: responsabilità per atto illecito, con conseguente "risarcimento" del danno; oppure responsabilità per atto lecito, con conseguente "riparazione" del danno attraverso "indennizzo", il quale non copre necessariamente il sacrificio effettivamente sopportato? ³³ In pratica, si è affermata la logica del doppio binario: dalla previsione della riparazione dell'errore giudiziario ex art. 24, ult. comma, Cost. si è ritenuto esulare ogni profilo di illiceità; questa costituirebbe, invece, elemento indefettibile e necessario della nozione di responsabilità dello Stato-giudice ex art. 28 Cost. ³⁴ Un tale duplice fondamento dell'obbligo dello Stato di riparare o risarcire i danni provocati da atti ad esso comunque risalenti, non solo è estraneo ad altre letterature giuridiche ³⁵, ma ha rappresentato, da noi, una sensibile remora ad ogni ampliamento della sfera di applicazione della responsabilità dello Stato-giudice; anzi, tale teorica costituisce un non trascurabile stimolo a tenere distinto l'errore giudiziario dalla responsabilità dello Stato-giudice in senso stretto.

Per quanto si riferisce, poi, alla discussione generale sul *Richterprivileg*, l'opinione prevalente - rielaborando motivi che si

³²Cfr. la sintesi tracciata da TRANCHINA, *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in "Novissimo Digesto Italiano", vol. XV, Torino 1968, p. 1194 ss.

³³G. DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, op. cit., p. 600 ss., prospetta, invece, una tesi eclettica nel senso che l'errore giudiziario, se nella ipotesi normale è conseguente ad un atto lecito, in alcuni casi deriva da un atto illecito.

³⁴Cfr., per tutti, CAPOTOSTI, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, op. cit., p. 199 ss.

³⁵Ad esempio, quanto all'ordinamento spagnolo, J. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, op. cit., p. 111 scrive: "Lo primero que aparece con evidencia en la regulación de L.O.P.J. es no la referencia a la culpa cuando se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez. La reparación del dano causado no depende de la existencia de culpa por parte del autor, se ha procedido a la objectivación de la responsabilidad. Esto no impedirá que, en ocasiones, pueda hablarse de culpa, en el sentido de que no es necesaria para dar origen a la responsabilidad". In tal senso si veda anche I.M. DIEZ PICALZO GIMENEZ, *Responsabilidad del Estado por actos judiciales*, in

riannodano all'impostazione chiovendiana - ha continuato a giustificare la posizione privilegiata del giudice sotto il profilo che essa fonderebbe "le radici nella funzione stessa del giudicare, che esclude ogni responsabilità" ³⁶. Il giudice sarebbe "al di sopra dell'obbligo di rendere conto alle parti della delicatezza e della perizia con cui esercita la sua funzione" ³⁷. Del resto, il suo errore sarebbe "irrilevante" quanto non ostacolerebbe "la formazione del giudicato" e verrebbe "assorbito" ³⁸. Poiché la responsabilità dello Stato-giudice, d'altra parte, modellata su quella del giudice, anche allo Stato finisce per estendersi tutte le remore e le cautele in cui si concretizza il *Richterprivileg*. In altre parole, il principio dell'immutabilità del giudicato è stato utilizzato per giustificare una impostazione riduttiva sul livello di responsabilità del giudice che a quello di responsabilità dello Stato-giudice.

Concludendo, si può affermare che, fra gli anni '60 e gli anni '70, in Italia ci si è limitati a demolire il mito della irresponsabilità dello Stato-giudice. E' mancata, invece, la fase ricostruttiva. Su tale punto, da un lato, sono stati fissati i presupposti teorici di questo tipo di responsabilità, dall'altro, non è stata, invece, predisposta la strumentazione pratica, ad opera del legislatore ordinario e/o della giurisprudenza. Ne è conseguita una situazione contrassegnata da sostanziale irresponsabilità, sia del giudice che dello Stato-giudice per i danni provocati nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

7. Nello stesso periodo di tempo, nei paesi a civiltà giuridica più vicina alla nostra, sono state, invece, messe a punto dettagliate normative sulla responsabilità dello Stato-giudice. Quanto alla Francia, con legge n. 643 del 17 luglio 1970 ³⁹ è stato previsto l'indennizzo a carico dello Stato nell'ipotesi di *detenzione preventiva ingiusta* ⁴⁰; e, co-

³⁶S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano 1959, art. 55, p. 211. Cfr. anche U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, 2a ed., vol. II, Torino 1966, p. 27 ss.

³⁷E. BATTAGLINI, *La libertà personale dell'imputato e la responsabilità civile del giudice*, in "Giust. pen." 1949, III, 210.

³⁸S. SATTA, *Commentario*, vol. I, op. cit., sub art. 55, p. 212.

³⁹Integrato dal successivo decreto ministeriale n. 71-5 del 4 gennaio 1971, qui alla regolamentazione della commissione competente a concedere l'indennizzo.

⁴⁰Oltre al caso di errore giudiziario, accertato in un giudizio di revisione di sentenza penale divenuta definitiva (contemplato anche da noi), l'ordinamento

successiva legge n.72-626 del 5 luglio 1972⁴¹, è stata disciplinata una forma generale di responsabilità dello Stato per il *funzionamento difettoso del servizio pubblico della giustizia*⁴². In Germania occidentale, una legge dell'8 marzo 1971⁴³ ha previsto forme di risarcimento a carico dello Stato per i danni provocati nell'esercizio della giurisdizione penale⁴⁴ e, in particolare, per la *detenzione*

subito un periodo di carcerazione preventiva per un reato, dal quale successivamente sia stato proscioltto. Sulla specialità di tale ipotesi e per esempi concreti, cfr. da ultimo, R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 3a ed., Paris 1989, pp. 76 ss. Sulla evoluzione del diritto francese, cfr. nella nostra letteratura, A. DE VITA, *A mali estremi prudenti rimedi: la responsabilità del giudice nel diritto francese tra l'eredità del passato e le soluzioni del diritto odierno*, in "Quadrimestre" 1985, pp. 408 ss.

⁴¹Ora si veda, però, l'art. 781-1 del *Code de l'Organisation Judiciaire*, approvato con decreto ministeriale 78-328 del 16 marzo 1978.

⁴²Alle ipotesi speciali sopra ricordate (errore giudiziario e detenzione preventiva abusiva), il legislatore francese ha aggiunto una forma generale di responsabilità dello Stato-giudice, cioè quella conseguente alla disfunzione del servizio pubblico della giustizia, per la quale lo Stato risponde, comunque, verso i terzi dei danni causati da qualsiasi caso di *fonctionnement defectueux* del servizio della giustizia. Tale responsabilità però sussiste quando ricorra la colpa grave degli agenti o quando vi sia diniego di giustizia. Inoltre, lo Stato risarcisce i terzi dei danni subiti a causa di una colpa personale (*faute personnelle*) dei giudici, salvo il diritto di rivalersi contro il singolo responsabile (cfr. R. PERROT e Ph. THERRY, *Relazione francese*, in *Giurisdizione e responsabilità nei paesi della CEE e negli USA* (Atti del Convegno di Roma, giugno 1987) in "Quaderni del C.S.M." 1989, 29, pp. 102 ss., 476 ss. Nel prosieguo di questo lavoro il predetto volume verrà citato come *Atti C.S.M.*

⁴³Successivamente modificata con leggi 2 marzo 1974, 9 dicembre 1974 e 9 gennaio 1987. Una traduzione in spagnolo di tale normativa è riportata in appendice alla monografia di J. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado*, op. cit., pp. 189 ss.

⁴⁴In definitiva, il sistema tedesco di responsabilità dello Stato-giudice può essere sintetizzato nel modo seguente. L'art. 34 della Costituzione (G.O.) stabilisce che "se taluno, nell'esercizio del pubblico ufficio affidatogli, viene meno al suo dovere d'ufficio nei riguardi di un terzo, la responsabilità, per principio, ricade sullo Stato o sull'ente in cui egli presta servizio. In casi di premeditazione o di grave negligenza può essere esercitato il diritto di regresso" nei confronti del funzionario. A sua volta, l'art. 839, co. 1 del codice civile (BGB), dispone che i funzionari dello Stato sono responsabili degli atti dolosi o colposi compiuti in violazione del loro dovere d'ufficio. Nell'ipotesi di colpa, la loro responsabilità è, però, solo sussidiaria, nel senso che è esclusa se l'interessato è in grado di ottenere, in altro modo, il risarcimento dei danni da lui subiti.

*preventiva*⁴⁵. In Spagna, infine, l'art.121 della Costituzione del 19 ha stabilito che "i danni causati da un errore giudiziario, come quelli conseguenti ad un anormale funzionamento dell'amministrazione della giustizia, daranno diritto ad un indennizzo a carico dello Stato" e il legislatore ordinario ha sviluppato tale principio in alcune interessanti disposizioni, a cominciare dallo statuto dei lavoratori del 1980⁴⁶.

In effetti, quanto meno nell'Europa occidentale, si va diffondendo una ideologia solidaristica della responsabilità: le società giuridiche al nostro grado di sviluppo tollerano sempre meno che il danno non

principio, equiparati i magistrati - non possono essere citati direttamente in giudizio per gli atti da loro compiuti nell'esercizio delle proprie attribuzioni, neppure se tratti di atti compiuti con dolo o con colpa. Tuttavia, ai sensi del già citato art. 102, co.2, Cost., nonché dell'art. 78 BGB, lo Stato, una volta risarcito il danno, può agire in regresso contro il funzionario che lo abbia causato con dolo o colpa grave (cfr., per tutti, W. GRUNSKY, *Relazione per la Germania occidentale*, in "Atti C.S.M." pp.123 ss.; e G. WALTER, *La responsabilità del giudice nel diritto tedesco*, in "Quadrimestre" 1985, p. 441ss.).

⁴⁵Con la citata legge del 1971 sono stati, poi, previsti due casi speciali di responsabilità dello Stato-giudice, quanto al settore penale. In particolare, è stato riconosciuto il diritto all'indennizzo in conseguenza di errore giudiziario (§ 1) e altri mezzi di persecuzione penale (§ 2). Quest'ultima norma stabilisce che chiunque abbia sofferto un danno per l'esecuzione della carcerazione preventiva o di altro mezzo di persecuzione penale (es. proibizione provvisoria dell'esercizio di una professione, sequestro penale, ecc.) sarà indennizzato dallo Stato, qualora venisse assolto o il processo venga archiviato nei suoi confronti. In tema, cfr. SAMTLEBEN, *Die rechtliche Verantwortlichkeit der Richter*, in "Deutsche Landesreferate zum Privatrecht und Handelsrecht" a cura di DROBNIC PUTTFARKEN, Heidelberg 1982.

⁴⁶Ci si riferisce all'art. 56, 5° comma, dello *Estatuto de los Trabajadores* (legge 2 marzo 1980 n.8), il quale regola una forma di responsabilità dello Stato per l'eccessiva durata di un processo civile. Si tratta di cause di reintegrazione nel posto di lavoro e nelle quali l'accertamento della mancanza di una giusta causa per licenziamento del lavoratore comporta, fra l'altro, il pagamento dei c.d. *salarios de tramitación*, ossia il salario non corrisposto dalla data di licenziamento. La citata norma, in particolare, prevede il caso in cui la sentenza sull'esistenza o meno di una giusta causa ("improcedencia") del licenziamento venga emessa oltre sessanta giorni dalla domanda. Poiché la durata di tale processo, oltre i sessanta giorni, è considerata non ragionevole (in quanto finisce per evidenziare quell'anomalo funzionamento dell'amministrazione della giustizia, previsto dall'art. 121 della Costituzione), l'art.56 stabilisce che lo Stato debba pagare la parte dei *salarios de tramitación* eccedente i sessanta giorni. Sull'importanza di questa norma come primo esempio di sviluppo del principio costituzionale di cui all'art. 121 della Costituzione cfr. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado*, op. cit., pp.95 ss.

venga risarcito ⁴⁷ e finiscono per privilegiare la funzione compensativa o satisfattoria della responsabilità del giudice. D'altra parte, il giudice colpevole, con il suo patrimonio, non è normalmente in grado di garantire il danneggiato, soprattutto nei processi che hanno per oggetto rilevanti interessi, nei quali si possono, quindi, provocare danni potenziali di notevole entità. Per la natura delle cose si impone, perciò, una generale tendenza alla traslazione del danno sullo Stato-giudice, attuata con forme e strumenti diversi ⁴⁸. Tale tendenza assume due significati. Da un lato, lo Stato può essere considerato un soggetto forte e, quindi, la previsione della responsabilità dello Stato-giudice si traduce in una forma di tutela del danneggiato. D'altro lato, l'intervento dello Stato può essere letto come intento di collocare uno schermo ⁴⁹ fra giudice e danneggiato e, quindi, nel senso di differenziare la posizione del magistrato da quella dei pubblici funzionari.

La situazione che, negli anni '80, ha portato, da noi, ad aspri conflitti istituzionali, sfociati nel referendum sulla responsabilità del giudice, è assai complessa ⁵⁰. Un ruolo non secondario hanno, però, esercitato indubbiamente anche le omissioni del legislatore e la scarsa sensibilità della giurisprudenza ⁵¹ per la configurazione di una re-

⁴⁷C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, op. cit., p. 292, sostiene che il principio della protezione della vittima diverrebbe un elemento della costituzione materiale del *Welfare State*.

⁴⁸M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?* Milano 1988, pp. 46 ss. si sofferma sui vari meccanismi delle possibili traslazioni del danno sullo Stato (responsabilità esclusiva, concorrente, oggettiva, ecc.), evidenziabili sul piano del diritto comparato.

⁴⁹M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, op. cit., p. 50 ss. parla in proposito di "effetto scudo".

⁵⁰Per alcuni spunti in proposito, ci permettiamo rinviare al nostro lavoro *La responsabilità del giudice* (1987), op. cit., spec. pp. 183 ss.

⁵¹Per la verità, successivamente, una pronuncia della Cassazione doveva andare in contrario avviso rispetto all'orientamento dominante, che risaliva alle SS. UU. nel 1975. Nel 1982 la Corte ha, infatti, avuto occasione di affermare che "non vi è coincidenza, riguardo ai limiti, fra la responsabilità del funzionario e quella dello Stato per il quale egli agisce. Per quanto concerne il magistrato, la limitazione di responsabilità è infatti giustificata dalla natura discrezionale della posizione, dal tecnicismo processuale, dalla possibilità dell'errore..., dalla possibile interferenza di influenze decettive delle parti o di deficienze strutturali e organizzative..., ma nessuna di tali ragioni giustificerebbe una limitazione di responsabilità dello Stato quando l'attività del magistrato sia ad esso riferibile. Al contrario, un principio

sponsabilità dello Stato-giudice. Conseguentemente non è stato possibile realizzare un ragionevole meccanismo a tutela della parte p. danni provocati nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Quando infine, il legislatore è stato costretto a provvedere, ha lavorato in contesto contrassegnato da tensioni ancora non sopite e sotto la spinta di polemiche contingenti. D'altra parte, la riforma della responsabilità del giudice si è, poi, intrecciata con altre complesse normative, già in elaborazione, prima fra tutte il nuovo codice di procedura penale. ⁵²

8. Per tentare una valutazione complessiva della attuale normativa italiana e stabilire così lo stadio raggiunto dalla nostra legislazione in riferimento al trend evolutivo sopra accennato, sarà utile un raffronto con la vigente legislazione spagnola, quale risulta dalla legge n.6/1985 di luglio 1985 (*Ley organica del Poder Judicial*). Tale legislazione vi si presenta come modello non tanto perché è una delle più recenti, ma soprattutto, perché, in una panoramica di diritto comparato, rappresenta indubbiamente il punto di riferimento più importante e significativo, quanto meno dal punto di vista teorico ⁵³.

Nella legislazione spagnola (come, del resto, in altri ordinamenti ⁵⁴) non vi è distinzione fra responsabilità dello Stato-giudice per riparazione del danno a seguito di errore giudiziario o di detenzi-

3105 e in "Rass. Avv. Stato" 1982 pp. 297 ss. con nota contraria di I. CARAMAZZA, *In tema di responsabilità civile dello Stato per fatto illecito del giudice*; ma vedi ancora V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, Bologna 1982, p. 46).

L'opinione della Cassazione, sebbene immediatamente recepita da qualche pronuncia di merito (Trib. Roma 28 settembre 1982, in "Giust. civ." 1982, I, p. 3138, nota di M. R. MORELLI), arrivò probabilmente in ritardo e, comunque, il suo principio non ebbe il tempo di consolidarsi.

⁵²A parte il nuovo codice di procedura penale (approvato con DPR 22 settembre 1988 n. 447), si ricordino la legge 3 agosto 1988 n. 327, in materia di misure di prevenzione personale, e la legge 5 agosto 1988 n. 330, in tema di provvedimenti restrittivi della libertà personale nel processo penale. Per i testi e per un primo commento cfr. C. PALERMO (a cura di), *Le nuove leggi sulla giustizia*, Riforma 1989.

⁵³J. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado*, op. cit., spec. pp. 17 e 101 ss. nel sottolineare l'importanza di tale legislazione, precisa "no se trata de chovinismo alguno. Se trata simplemente de que es en España donde se ha producido últimamente una nueva legislación que pretende abrir horizontes distintos al tema aunque es todavía dudoso que se haya logrado algo efectivo".

⁵⁴Cfr. per tutti CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?* op. cit., pp. 46 ss.

preventiva ingiusta; tutte queste ipotesi sono congiuntamente disciplinate negli artt. 292 ss. della *Ley Organica* (L.O.P.J.).

Il nostro legislatore - influenzato da suggestioni teoriche - ha, invece, regolamentato la responsabilità dello Stato-giudice in senso stretto nella legge 117 del 1988, limitandosi a far salva la legislazione sulla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione (art. 14). Quest'ultima normativa è stata, successivamente, riformulata dal nuovo codice di procedura penale⁵⁵. A parte i rispettivi testi costituzionali, nonché la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, comune ad entrambi gli ordinamenti⁵⁶, i termini del confronto sono, quindi, rappresentati, quanto all'ordinamento spagnolo, dalla citata *Ley Organica del Poder Judicial*, quanto all'ordinamento italiano, dalla legge sulla responsabilità del giudice, nonché dal nuovo codice di procedura penale.

Ne consegue che i possibili titoli di responsabilità dello Stato-giudice per danni cagionati a terzi, sono i seguenti:

a) *errore giudiziario*. L'ordinamento spagnolo attribuisce a questo istituto un maggiore ambito oggettivo (artt. 292 e 293 L.O.P.J.). E', infatti, prevista la riparazione del danno provocato da qualsiasi tipo di errore (di fatto o di diritto), contenuto in una sentenza emanata nel corso di qualunque tipo di processo, da parte di qualsiasi autorità giurisdizionale, ed accertato in giudizio⁵⁷. Il nuovo codice di procedura penale italiano disciplina l'istituto negli artt. 643 ss. Anche tale nuova normativa resta, peraltro, nel solco della tradizione, limitando l'operatività dell'errore giudiziario alla materia penale e solo a seguito di giudizio di revisione.

b) *ingiusta detenzione preventiva*. Nell'ordinamento spagnolo, l'art. 294 L.O.P.J. stabilisce che "hanno diritto all'indennizzo coloro che, dopo aver subito la detenzione preventiva, sono stati assolti dall'accusa perchè il fatto non sussiste o, per la medesima causa, sono

⁵⁵ Quanto ai lavori preparatori del cod. proc. pen., sul punto, cfr., per tutti, G. CONSO, *Verso il nuovo processo penale? Le disposizioni sulla riparazione dell'ingiusta detenzione*, in "La giustizia penale" 1979, I, pp. 289 ss.; nonché I.F. CARAMAZZA, *La riparazione dei danni da errore giudiziario e da ingiusta detenzione*, in "Vita notarile" 1979, pp. 508 ss.

Si ricordi anche che l'8 luglio 1988 il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge, su proposta del Guardasigilli, in tema di "riparazione degli atti giudiziari".

⁵⁶ La quale, come è noto, è stata resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848; mentre, in Spagna, fa parte dell'ordinamento giuridico dopo la sua pubblicazione, in virtù dell'art. 96.1 della Costituzione spagnola.

⁵⁷ MONTERO AROCA, op.cit., p. 224.

stati prosciolti dai reati ascritti con ordinanza di non luogo a procedere sempre che ne siano derivati danni". Si tratta di una disposizione presente anche in altri ordinamenti, che costituisce applicazione del principio già consacrato nell'art. 5, ult. comma, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Anche nel nostro ordinamento, con artt. 314 e 315 del nuovo codice di procedura penale, è stato finalmente introdotto l'istituto della riparazione per ingiusta detenzione. Va, segnalato che, sul punto, la nostra legislazione ha corretto un'ingiustificata limitazione presente in quella spagnola⁵⁸.

c) *funzionamento anormale della amministrazione della giustizia*. A differenza dello Stato-amministratore⁵⁹ che risponde per funzionamento, sia esso normale o anormale⁶⁰, lo Stato-giudice nell'ordinamento spagnolo⁶¹ - risponde per i danni provocati dal funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia (art. L.O.P.J.). In definitiva, è prevista una forma generale di respon-

⁵⁸ In effetti, secondo l'ordinamento spagnolo, per aver diritto al risarcimento danno occorre essere stati prosciolti con la formula "perchè il fatto non sussiste" la critica di tale restrizione cfr., per tutti, P.A. IBANEZ e C. MOUTON ALVAREZ, *El Poder judicial*, Madrid 1986, pp. 359 ss., spec. 363 ss.). Secondo il nuovo codice di procedura penale italiano, colui che ha subito una custodia cautelativa, invece, diritto al risarcimento: a) se è stato prosciolto con la formula che il fatto non sussiste, o per non aver commesso il fatto, o perchè il fatto non è previsto dalla legge come reato; b) se è stato accertato che il provvedimento che ha disposto la custodia è stato emesso o mantenuto senza che sussistessero le condizioni richiedute dalla legge; c) se sia stato emanato provvedimento di archiviazione ovvero sentenza di non luogo a procedere. Va anche ricordato come il nostro codice disciplina, comunque, applicabili sul punto, in via sussidiaria, le norme sulla riparazione dei danni giudiziari, in quanto compatibili. E' stata, infine, fissata quale misura massima della riparazione la somma di cento milioni di lire.

⁵⁹ J. VILLA LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración púb.*, Madrid 1983, spec. p. 296 ss.

⁶⁰ Si veda l'art. 106, 2° comma, della Costituzione spagnola, nonché l'art. 121 c della *Ley de Expropiación Forzosa* del 1954 e l'art. 40 della *Ley de Regimen Juridico de la Administración del Estado* del 1957. Cfr., da ultimo, I. M. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *La responsabilidad dello Stato per atti giurisdizionali in Spagna e Italia*, op.cit., p. 224.

⁶¹ Un titolo di responsabilità analogo ("funzionamento difettoso") era stato introdotto per lo Stato-giudice in Francia con la citata legge n. 72-620 del 5 lu 1972. Secondo la legislazione francese - diversamente da quella spagnola - le disfunzioni della giustizia sono, peraltro, suscettibili di dar luogo ad un obbligo dello Stato di risarcire i danni solo se la disfunzione trova la sua causa diretta in colpa grave o in un diniego di giustizia. In tema cfr., per tutti, P. DEBBOT, op.cit., p. 224.

bilità: lo Stato si assume l'onere di riparare i danni provocati dal funzionamento della giustizia, purché essi non dipendano, però, da un tipo di funzionamento che, di per sé, risponda a standards di normalità⁶². Del funzionamento anormale la dottrina, a sua volta, suole evidenziare tre figure⁶³: 1) il *cattivo funzionamento* (potrebbe essere la stessa ipotesi dell'errore giudiziario⁶⁴); 2) il *difetto assoluto di funzionamento* (ad esempio, nel caso in cui l'ufficio è privo di giudice e, quindi, non è in grado di funzionare); 3) l'*insufficiente funzionamento*, come nell'ipotesi del prolungarsi del processo, al di là di ogni termine ragionevole. Anzi, il caso emblematico e più frequente di funzionamento anormale finisce per essere rappresentato proprio dall'ingiustificato ritardo processuale⁶⁵. La nostra legislazione non contempla, invece, un analogo titolo generale di responsabilità dello

⁶²A. MENENDEZ MENENDEZ, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia en la Ley Organica del Poder Judicial*, in "Gobierno y Administración en la Constitución", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1988, vol. II, pp. 1066 ss.

⁶³La distinzione, di origine francese, è molto diffusa nella dottrina spagnola. Cfr., per tutti, E. GARCIA DE ENTERRIA - I. R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Madrid 1981, vol. II, p. 350; e J. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del Juez y del Estado*, op. cit., pp. 131 ss.

⁶⁴Controversi restano, peraltro, i rapporti fra l'errore giudiziario ed il funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia. Da un primo punto di vista, il funzionamento anormale rappresenterebbe il titolo di imputazione generale, mentre l'errore giudiziario ne costituirebbe solo una *species* (cfr. L. MARTIN REBOLLO, *Jueces y Responsabilidad del Estado*, Madrid 1983, p. 138). Secondo un altro orientamento (J. MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil*, op. cit., p. 113 ss. e J. DIAZ DELGADO, *La responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Valencia 1987, pp. 49 ss.; I. M. DIEZ - PICAZO GIMENEZ, op. cit., p. 221 ss.), l'errore giudiziario implicherebbe sempre un'attività di giudizio e potrebbe verificarsi anche quando siano state osservate scrupolosamente tutte le norme processuali (funzionamento normale). Al contrario, il funzionamento anormale consisterebbe proprio nell'inadempimento delle norme processuali e potrebbe dipendere da attività o inattività di soggetti anche diversi dal giudice, ad esempio gli ausiliari di giustizia. (Su quest'ultimo punto, cfr., in senso favorevole, P. A. IBANEZ e C. MOUILLA ALVAREZ, *El poder judicial*, op. cit., p. 353; e MENENDEZ MENENDEZ, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, op. cit., p. 1060 ss.; nonché, in senso contrario, L. MARTIN REBOLLO, *Jueces y Responsabilidad del Estado*, op. cit., p. 155 ss.).

⁶⁵Cfr., per tutti, J. DIAZ DELGADO, *La responsabilidad patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la Administración de Justicia*,

Stato-giudice⁶⁶. Tuttavia, gli artt. 6 e 50 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo hanno consentito alla Corte di Strasburgo di porre più volte, a carico degli Stati membri, e anche dell'Italia, "satisfaction équitable" per la durata eccessiva dei processi⁶⁷.

d) *dolo o colpa grave dei giudici*. L'art. 296 L.O.P.J. stabilisce infine, che "lo Stato è anche responsabile dei danni provocati giudici e dai magistrati per comportamento imputabile a colpa grave, salvo il diritto di rivalsa nei loro confronti". In altri termini, in casi di dolo o colpa grave del giudice, l'ordinamento spagnolo conferisce alla parte una facoltà di scelta: essa può citare in giudizio sia lo Stato che lo stesso giudice, in quanto la loro responsabilità è diretta e concorrente. Poiché, come si è detto, lo Stato spagnolo risponde anche nella generale ipotesi del funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia, ne consegue che, nei confronti dello Stato, è sufficiente dedurre semplicemente la sussistenza del predetto funzionamento anormale; nei confronti del magistrato la via processuale sarà, invece, più irta, perché occorrerà provare il dolo o la colpa grave del giudice. In Italia, con la nuova legge sulla responsabilità del giudice, il danneggiato non può, invece, citare in giudizio il solo giudice, ma può agire, ex art. 2, soltanto nei confronti dello Stato quale - responsabile, in via esclusiva, nei confronti del danneggiato - esercita, poi, l'azione di rivalsa, ex art. 7, nei confronti del magistrato⁶⁹.

⁶⁶Nei lavori preparatori della legge sulla responsabilità del giudice è stato posto il problema di prevedere una responsabilità dello Stato per disfunzione della giustizia, ma, come risulta dal già citato discorso al Senato del 4 febbraio 1988 del senatore ACONTE, op. cit., pp. 8-9, i tempi non sono stati ritenuti maturi per "una legge" che avrebbe richiesto un preventivo studio "da un punto di vista non solo giuridico, ma anche sociale, economico e della fattibilità".

⁶⁷Cfr. N. PICARDI, *I processi speciali*, in "Riv. dir. proc." 1982, pp. 706 ss.; ID., *La patologia della giustizia civile*, in "Giust. civ." 1985, pp. 28 ss.

⁶⁸Si tratta della soluzione già adottata da altri ordinamenti, quali quello tedesco e francese: cfr. CAPPELLETTI, op. cit., p. 47 ed ivi ulteriori riferimenti.

⁶⁹Va, però, precisato che, anche nel nostro ordinamento, la responsabilità dello Stato non è sempre costruita *ad instar* di quella del magistrato. Lo Stato risponde sempre per dolo o colpa grave, mentre i giudici conciliatori ed i giudici popolari rispondono soltanto nel caso di dolo ed i laici componenti di organi collegiali rispondono per dolo e solo in alcune ipotesi, anche per colpa grave (art. 7, n. 3) R. ROSSI in N. PICARDI, R. ROSSI e R. MARTINO, *Il giudice di pace* (corso di stampa). Si tratta di una differenza fra responsabilità dello Stato-giudice e responsabilità del giudice che, probabilmente, merita di essere valorizzata nel

9. In conclusione, il raffronto fra la legislazione spagnola e quella italiana pone in rilievo, non solo la relatività dei meccanismi attraverso i quali può essere in concreto realizzata la responsabilità dello Stato-giudice, ma anche il diverso stadio evolutivo raggiunto dai due ordinamenti. La verità è che l'art. 14 della nostra legge sulla responsabilità, di sapore vagamente programmatico, è la cattiva coscienza del nostro legislatore, che non ha voluto o non ha potuto realizzare un regime di tutela del danneggiato pari a quello che, qualche anno prima, era stato introdotto in Spagna. Ci troviamo, dunque, di fronte ad una occasione mancata?

La risposta non è facile. Una cosa, però, è chiara: la legge sulla responsabilità del giudice, di per sé, non risolve i mali della giustizia. La nuova normativa potrebbe, però, rappresentare un primo - anche se timido - passo verso un nuovo modello di giurisdizione. In larga misura dipenderà, oggi, dal lavoro di interpretazione e di razionalizzazione che, su tale testo, verrà intessuto dalla giurisprudenza teorica e pratica; domani, dal legislatore, nella speranza che non abbia dimenticato la giustizia ed i suoi problemi. In caso diverso, resterebbe frustrato l'impegno culturale e politico di due decenni.

SAGGI

PIERGIORGIO PERUZZI

GLI ATTI ESECUTIVI IN PENDENZA DI *RESTITUTIO IN INTEGRUM* NEL DIRITTO SAMMARINESE. NOTE CRITICHE INTORNO ALL' ISTITUTO TRA *IUS PROPRIUM* E *IUS COMMUNE*

Per l'ordinamento sammarinese non costituisce un problema comunque non un problema di diritto comune - se l'istanza di *restitutio in integrum* imponga, o permetta, la sospensione degli atti esecutivi naturalmente, s' intende, fondati sopra sentenza passata in giudicato presupposto della stessa *restitutio*.

In dottrina però è stata già dibattuta la questione intorno a effetti che l'istanza di *restitutio in integrum* produce sull' esecuzione una sentenza ormai passata in cosa giudicata. La soluzione più ricercata come è altrimenti noto, è dettata da Vittorio Scialoja per la specie a sottoposta, connettendo arditamente due paragrafi delle *Leges Statu Reipublicae Sancti Marini*, soluzione che non sopprime generalizzazioni, le quali sarebbero svianti¹.

In tempi anche più recenti alla soluzione della sospensione avanzata dallo Scialoja, si è adeguata pedissequamente, ed in forma tutto acritica, anche la *Commissione per lo studio dei problemi istituzionali dell' Ordinamento Sammarinese* nella parte in cui si è espressamente interessata all' esame del rimedio straordinario de *restitutio in integrum*².

Processualmente il creditore ha già ottenuto almeno due piazze conformi, che non sono gravabili con ulteriori mezzi di impugnazione: al debitore resta ormai solo, in presenza di precise ipote-

* In queste note ho cercato di rielaborare definitivamente, completandolo anche un più specifico ed attento esame della dottrina, un parere richiestomi il giorno 10 luglio 1988 dagli Ecc.mi Capitani Reggenti della Repubblica di San Marino.

¹In realtà la questione è esaminata *incidenter tantum* in un parere su un caso concreto al quale naturalmente si è adeguato il Consiglio Principe e Sovrano della Repubblica con una sua decisione pronunciata nella seduta del 27 aprile 1905; il parere è citato: cfr. V. SCIALOJA, *La restituzione in intero contro la cosa giudicata secondo diritto vigente in San Marino*, in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, pp.174-175; già in *Giurisprudenza Italiana*, 1905, IV, cc. 289-298 e poi anche in *Studi Giuridici* IV, 2, Roma 1933, pp.270-278.

² cfr. All' Ecc.mo Consiglio Grande e Generale della Repubblica di San Marino. *Relazione della Commissione per lo studio dei problemi istituzionali e*

tassativamente enumerate³, il rimedio, o meglio il beneficio straordinario della restituzione in intero⁴.

E' necessario fondare quindi su base diversa quell' effetto sospensivo che, dopo il parere dello Scialoja, si ama connettere direttamente all'istanza di *restitutio in integrum*, come un suo "effetto di diritto"⁵, ma che invece richiede una disamina attentissima.

E' indubitabile e conforme a precisi disposti statutarî, che la sospensione degli atti esecutivi fondati sulla sentenza passata in giudicato possa disporsi dal magistrato preposto ad essa esecuzione, come equivalente a garanzia per l'osservanza della sentenza da emanare in rescissorio, in quanto questa possa risultare contraria al giudicato che si va invece ad eseguire.

Non consente dubbi invece il preciso tenore della norma statutaria del § 148 della Rubrica VI, del Libro II, che vieta al magistrato di "retardare" l'esecuzione delle "conformes", o di sentenze comunque passate in giudicato, "praetextu restitutionis in integrum"; e soltanto impone a favore dell'eseguito, instante nel giudizio rescindente, una "idonea fideiussio de reponendo omnia in pristinum, casu quo sententia revocata esset"⁶. Un precetto di tale evidenza, stranamente ignorato dallo Scialoja, non ammette chiose e reclama soltanto puntuale osservanza, dovendo addirittura prevalere come *ius proprium* sulle norme di diritto comune e sulle consuetudini⁷.

³ per un elenco cfr., p.e., T.M.RICHERI, *Codex rerum in Pedemontano Senatu iudicatarum*, I, tit.7, Torino 1783, p.122s. Sul rimedio accordato alla donna e ai minori per l'amministrazione dei tutori cfr. A.PERTILE, *Storia del Diritto Italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, III, *Storia del diritto privato*, Torino 1894, p.244 e p.411; cui si è aggiunta nel diritto comune la restituzione in intero concessa *ob noviter reperta*: vedi A.PERTILE, op.cit., VI, II, *Storia della procedura*, Torino 1902, pp.325-326. Oggi le ipotesi vigenti nel diritto sammarinese sono elencate anche dalla *Relazione della Commissione*, cit., p.125, sub a.

⁴ L'espressione è di Vittorio Scialoja (op.cit.p.272). Sui principi generali che riguardano il beneficio della *restitutio in integrum* e la sua distinzione dalla *querela nullitatis* vedi la decisione adottata dal Consiglio Grande e Generale del 6 settembre 1968, su parere di Arturo Carlo Jemolo, edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, IV (1964-1969), pp.11-13; ma anche A.PERTILE, op.cit., VI, II cit., pp.321-325.

⁵ cfr. V.SCIALOIA, op.cit., p.272.

⁶ cfr. *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, Florentiae 1895, Liber secundus, *Civilium causarum*, Rubrica VI, *De abbreviatione litium, et modo procedendi in causis civilibus*, § 148, p.79.

⁷ Il principio di una gerarchia delle fonti ha fondamenti positivi nell' Ordinamento

Del resto l'accostamento di altri paragrafi delle *Leges Statutae* attuato dall'operazione esegetica proposta dallo Scialoja⁸, e che meglio esamineremo in seguito, confonde le due fasi della *restitutio in integrum*, che vogliono al contrario tenersi distinte, come due giudizi differenti per organo competente e per oggetto: appunto il giudizio rescindente ed il rescissorio⁹.

Ad un attento esame il primo testo statutario¹⁰, allegato al grande Maestro, concerne invece il solo rescissorio e si riduce purtroppo ad una tautologia; come del resto si è visto, abbia

libertatis Terrae Sancti Marini, et eorum officio, iurisdictione ac salario, p. 12, § "Habeant autem Capitanei praedicti iurisdictionem, et auctoritatem, ac facultatem cognoscendi, diffiniendi, et terminandi omnes, et singulas civiles, criminales, mei et mixtas lites, et causas vertentes inter homines, et personas Terrae praedictae eius comitatus, fortiae et districtus, et alios quoscunque, secundum formam statutorum, et reformationum Communis Terrae praedictae, quae nunc sunt, vel tempore fieri contigerit. Et si statuta, vel reformationes contingentes casus r deciderent, secundum formam iuris communis, et laudabiles consuetudines Terrae praedictae procedere, finire, et terminare valeant". Gli stessi principi sono poi esposti quasi *ad unguem* anche alla Rub.XXXI, *De electione, officio, ac mercede Domini Commissarii*, al § 38, pp.29-30; ma sul problema cfr. T.C. GIANNINI, *Somma di procedura giudiziaria civile sammarinese*, riveduto ed accresciuto [...] dal Dott. Viroli, San Marino, 1967, pp.17-18 e poi anche P.PERUZZI, *Proposta per trattamento automatico delle opere a stampa di diritto comune*, in *St. Sammarinesi*, 1968, pp.9-11.

⁸ cfr. V.SCIALOIA, op.cit., p.272: sono i §§ 669 e 721.

⁹ Le due fasi sono ampiamente esaminate alla quaestio XXXII, "de modo et for quibus restitutio in integrum in iudicio proponi et implorari debeat. Et in primis agitur hic de iudicio rescindente et rescissorio et quo ordine intentari debeant". S.ODDI, nel suo *De restitutione in integrum tractatus*, Venetiis 1606, p.265-2. Naturalmente al nu.8 (p.266) l' A. propone anche una definizione delle due fasi: "rescindens igitur remedium est ipsamet restitutio in integrum, quod iudices doctores rescindens vocauerunt, quia rescindit contractum, sententia praescriptionem vel alium praeiudiciale actum, et reponit eum qui laesus est, in statu in quo erat ante illam laesionem, et iudicium quod super hoc remedio intenta rescindens nuncupaverunt, quia rescindit obstaculum recuperationis rei suae. Rescissorium autem remedium est ipsa actio iam renata et resuscitata, per remotionem praedicti obstaculi, cuius actionis vigore laesus potest recuperare rem suam sicut poterat, antequam obstaculum illud incidisset. Et iudicium quod super hoc remedio intentatur, rescissorium nuncupaverunt, et actionem quae in hoc iudicio proponitur, rescissoriam dixerunt".

¹⁰ cfr. *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, Florentiae 1895, Liber quartus, *de appellationibus*. Rubrica II. *De officio et iurisdictione Dominorum Iudicum*

rescindente inciso sul primo o sul secondo grado del giudizio di merito, questo si rinnova, seguendo come è ovvio la propria disciplina.

L'inapplicabilità del secondo¹¹ alla *restitutio in integrum* è addirittura testuale: nella norma si comprendono infatti tutte le ipotesi di appello - discernibili per motivi - con l'escludere i soli "casus in quibus est expresse prohibitum appellare". E proprio "non licet ulterius appellare" dopo due conformi¹²; non è ammesso l'appello contro la sentenza di primo grado fondata su confessione d'una parte¹³; improcedibile è poi l'appello deserto per inosservanza dei termini¹⁴.

Ora si è visto che tra i requisiti per l'istanza di *restitutio in integrum* è l'inoppugnabilità del giudicato: perciò dall'ambito in cui opera il ricordato paragrafo¹⁵ rimane escluso il giudizio rescindente. Né si trascuri il rilievo che lo stesso paragrafo concerne la sola litispendenza dinnanzi al Giudice di secondo grado, prodotta da appello presentato contro una sentenza interlocutoria.

¹¹ cfr. *Leges Statutae* cit., Liber quartus, cit., Rubrica XIII, *Quod appellatione pendente nihil debeat innovari*, § 721, p.188.

¹² cfr. *Leges Statutae*, cit., Liber quartus, cit., Rub.VII, *Quod non liceat nisi semel tantum appellare, et de duabus sententiis conformibus*, § 697, p.184: "Finem litibus imponere cupientes, statuimus et ordinamus quod a sententia lata per Iudices appellationum super appellatione interposita a quacumque sententia interlocutoria vel diffinitiva, non liceat ulterius appellare, nec aliquo modo reclamare, nec supplicare, etiam per modum recursus, quando sententia Iudicum concordat, et conformis est cum prima sententia a qua fuerit appellatum".

¹³ cfr. *Leges Statutae*, cit., Liber quartus, cit., Rub.VI, *In quibus casibus non liceat appellare*, § 696, p.184: "Item statuimus et ordinamus, quod nemo audiatur appellans in causa civili, qua ipse fuerit sponte confessus, et testibus superatus. Nec possit appellari ab aliqua mera executione, nisi modus exequendi excederetur. Et tunc nihilominus non retardetur, si posset per Iudicem appellationis reparari. Nec appellari possit a solutionibus tributorum, vel collectarum fiendis Communi, vel aliis pro eo, in quibus appellatio nullatenus admittatur".

¹⁴ cfr. *Leges Statutae*, cit., Liber quartus, cit., Rub.IV, *De appellationibus interponendis a diffinitiva, et infra quantum tempus causa expediri debeat*, § 693, p.183: "Et si pars appellans tam in appellando, quam in introducendo suprascripta tempora non servaverit, appellatio intelligatur esse deserta, prout deserta quoque intelligatur, si postquam elapsus fuerit terminus praedictus, ad allegandum in iure, ut supra, non fuerit saltem bis Iudicibus appellationis praedictis protestatum penes acta, quod causam per sententiam terminare debeant".

¹⁵ mi riferisco sempre al § 721 in *Leges Statutae*, cit., Liber quartus cit., Rubrica

L'ipotesi contemplata nel paragrafo successivo¹⁶ è affatto diversa, non soltanto più grave, come s'evince dalla più grave sanzione: pronunciando definitivamente, il Giudice ha consumato ogni suo potere sulla causa. E' la conseguenza del principio enunciato da Ulpiano a D.42,1,55 - "iudex postquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit" - citato come mero brocardo dal Giannini¹⁷.

Perciò la norma potrebbe al massimo riferirsi al giudizio rescissorio, non mai al rescindente. Ciò riduce l'urgenza di problemi dottrinali sottilissimi, altrimenti ineludibili: primo fra essi quello se l'esecuzione d'una sentenza possa dirsi "innovare in rebus" od "in personis". Di là da simili enigmi, è certo piuttosto che il divieto, sancito con i §§ 721-723, scolpisce l'*ordo iudiciorum*¹⁸ come un procedimento, scandendone le fasi ed i gradi quali momenti consecutivi, incentrati nell'ufficio di un proprio e solo magistrato. Ogni fase della causa resta individuata per sé. La situazione delle parti è fissata con la *litis contestatio*; potrà mutare con la pronuncia, resa dal magistrato entro la propria competenza, mai esercitata nel concorso di altri magistrati.

Certo la disciplina statutaria della *restitutio in integrum* ormai ha subito delle modifiche notevoli¹⁹: già esaminate dallo Scialoja, sono quelle relative alla competenza²⁰, trasferita dal Giudice delle Appellazioni al Consiglio Principe e Sovrano²¹, oggi al Consiglio

¹⁶ cfr. *Leges Statutae* cit., Liber quartus cit., Rubrica XIII, cit., § 722, p.188.

¹⁷ cfr. *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, cit., p.161 e poi n.2.

¹⁸ Sui problemi inerenti ai fondamenti logici e alla struttura dell'*ordo iudiciorum* sulla moralità del processo e sul metodo topico, cfr. A.GIULIANI, *L'ordo iudicarius medievale. Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico*, in *Studi in onore di Giovanni Ambrosetti*, I, Milano 1989, pp.203-221.

¹⁹ Non sarebbero fuori luogo più compiute ricerche, comunque è conosciuto il precedente dell'anno 1805, segnalato da V.SCIALOJA, op.cit., p.178. In questo caso però si arrivò alla soluzione del giudice straordinario.

²⁰ In diritto comune la competenza spettava al giudice di prima istanza al quale doveva essere presentata la domanda di restituzione in intero, secondo quanto è previsto da C.2.47.1.2; ma vedi A.PERTILE, op.cit., VI, II cit., p.326.

²¹ E' il movimento costituzionale noto come l'Arengo dei capi-famiglia del 25 marzo 1906 che ha portato poi alla soppressione del Consiglio Principe e Sovrano - organo detentore della sovranità che si rinnovava per sola cooptazione - e il ritorno al sistema elettorale. Gli atti ufficiali hanno valore costituzionale e sono stati editi poi nel *Supplemento alla Raccolta delle Leggi e Decreti della Repubblica di San Marino* prima edizione ufficiale coordinata e riveduta dagli avvocati Giacomo Ramoino

Grande e Generale²², passando quindi attraverso una prassi non diversa dalla terza istanza²³ per l' analogia di situazioni e fasi processuali. La presenza del *sapiens*²⁴ nell' *ordo iudiciorum*, costituisce una soluzione quasi obbligata²⁵.

Si impone soltanto una riflessione per precisare l' ambito dei caratteri in qualche modo originari dell' istituto della restituzione in intiero nell' ordinamento sammarinese e le modifiche fisiologiche avvenute successivamente: l' aver disapplicato una disposizione statutaria in favore del Consiglio Principe e Sovrano, attribuendo a questo organo collegiale in bella sostanza il potere di rescindere una sentenza passata in cosa giudicata, ha fatto assumere all' istituto della *restitutio in integrum* il significato di un istituto che ha fondamento proprio nell' esercizio di un potere sovrano, in perfetta coerenza con il mutare delle teoriche costituzionali in tema di amministrazione della giustizia del XVII e XVIII secolo²⁶. Se si vuol dare un senso più preciso alle traslazioni di competenza già riferite, esse assumono rilievi storici e costituzionali abbastanza precisi: nell' ambito di un sistema che vuole ormai la giustizia come delegata dal *princeps*²⁷ - dal Consiglio

cfr. R. BONELLI, *Gli organi dei poteri pubblici nell' ordinamento della Repubblica di San Marino*, Repubblica di San Marino 1984, pp. 26-31.

²² Richiamo soltanto il Decreto con cui il Consiglio riprende il suo nome statutario del 24 Luglio 1906: "Il Consiglio riprende il suo nome Statutario di Consiglio Grande e Generale ferme le prerogative stabilite dallo Statuto". Cfr. *Supplemento cit.*, p. 27. La norma statutaria cui si fa riferimento è al Libro I, Rub. II, p. 2. Sui "compiti di carattere giurisdizionale" del Consiglio Grande e Generale, che si esaurirebbero nella sola restituzione in intiero, cfr. R. BONELLI, *op. cit.*, p. 48.

²³ o secondo appello, la cui competenza è riservata esclusivamente al Consiglio dei XII, vedi *Leges Statutae cit.*, Liber IV, *De appellationibus*, rub. VII, *Quod non liceat nisi semel tantum appellare et de duabus sententiis conformibus*, § 698 e segg.; ma cfr. T. C. GIANNINI, *op. cit.*, pp. 177-179.

²⁴ come poi è prescritto nelle stesse *Leges Statutae*, *cit.*, Liber IV, *cit.*, rub. VII, *cit.*, § 698. Sulle origini e sulle giustificazioni teoriche del sistema cfr. G. ROSSI, *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano-canónico*, I (sec. XII-XIII) [=Seminario giuridico della Università di Bologna, XVIII], Milano 1958, *passim*.

²⁵ Ma vedi anche V. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 181 e *infra* p. 100.

²⁶ Essenziali in proposito le considerazioni di G. ASTUTI, nelle sue lezioni intorno *La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino 1957.

²⁷ Si uniformava così al dettato di G. 26/27/28.

Principe e Sovrano - e non ancora costituita come autonomo potere giudiziario²⁸, la *restitutio in integrum* è concepita così come un aspetto, forse è meglio dire come una manifestazione, dell' esercizio del potere di grazia sovrana²⁹ che investe anche il processo civile.

Ma già il Consiglio Principe e Sovrano, oggi il Consiglio Grande e Generale, pongono però in essere diversi atti normativi: naturalmente in primo luogo sono le leggi, che sul piano sostanziale sono definite come manifestazioni di volontà normativa generale ed astratta; poi regolamenti, "diretti a una più completa disciplina di materie regolate via primaria"; ed infine i decreti, che "sono provvedimenti di carat-

principis cognovit, solus princeps restituet". Naturalmente proprio alla competer del *princeps* pensava anche lo Scialoja, ma vedi V. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 179. Su implicanze tutte teoriche che ha l' equiparazione della *civitas* al *princeps*, ved accenno ancora in G. ASTUTI, *op. cit.*, p. 47 s. Analoga nozione di *princeps* è stata poi recentemente utilizzata anche da Ugo Gualazzini, in un parere ove afferma sempre sulla scorta del precedente Scialoja, "che al Principe, e a questo spettasse di pronunciarsi quando i *nova reperta* fossero stati tali da mutare lo stato fatto che aveva costituito il presupposto sul quale si era fondata la sentenza passata in giudicato", parere fatto proprio come decisione di terzo grado dall' Ecc. r. Consiglio dei XII nella causa n. 211, anno 1953, edito in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1964-1969, p. 74. Al fondamento costituzionale accenna incidentalmente anche Arturo Carlo Jemolo quando afferma che "la *restitutio in integrum* invece è beneficio accordato dal sovrano o da una magistratura suprema, ed è istituto che tocca tanto il diritto sostantivo che il diritto processuale": vedi la decisione adottata dal Consiglio Grande e Generale del 6 settembre 1968, *cit.*, edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, IV (1964-1969), p. 11.

²⁸ Oggi invece il potere giudiziario può anche ritenersi costituito autonomamente fondandosi sui commi terzo e quarto dell' art. 3 della Legge 8 luglio 1974, n. 5 recante la "dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell' ordinamento sammarinese", che espressamente recita: "agli organi del potere giudiziario, istituiti dalla legge, è garantita piena indipendenza nelle loro funzioni: i poteri dello Stato agiscono nel rispetto della reciproca autonomia e competenza. Sulla valenza del principio della separazione dei poteri, non ignoto all' Ordinamento Sammarinese prima della suddetta Legge, cfr. *Relazione della Commissione*, *cit.* pp. 35 ss., e poi p. 111.

²⁹ E' significativa in questo senso la proposta della *Relazione della Commissione*, *cit.*, pp. 125-126, che, proprio in virtù della separazione dei poteri, propone di tornare al regime statutario della restituzione in intiero, adducendo l' antica competenza dell' autorità giudiziaria ordinaria - Giudice delle Appellazioni per il *iudicium rescindens* Magistrato che ha pronunciato la sentenza per il *rescissorium* - ma cfr. *Leges Statutae*, Liber quartus, *cit.*, *De officio et iurisdictione Dominorum Iudicum appellationum et de appellationibus interponendis ab eis*", p. 180, § 666 e § 669. Evidente è poi la *ratio* di una tale proposta "considerando la natura e le funzioni del Consiglio in rapporto ad una tendenziale separazione dei poteri, sia considerando l'

particolare, aventi contenuto sostanziale di atto amministrativo"³⁰. Il parere Scialoja, fatto proprio dal Consiglio Principe e Sovrano, pur essendo un atto giurisdizionale emesso da un organo che ha funzione legislativa, ha assunto tutti i caratteri formali delle leggi-provvedimento a cagione dell' organo costituzionale che lo ha voluto far proprio e quindi emanare ³¹, giustificando così, anche sul piano formale, la ricercata disapplicazione del noto precetto derivante dallo *ius proprium* in tema di restituzione in intero.

Tali caratteri originari e storici dell' istituto e l' *ordo iudiciorum* cui ci si è dovuti attenere nell' Ordinamento Sammarinese, dopo la forzata traslazione di competenza da un giudice monocratico ad un collegio, condizionano ormai fortemente i tempi necessari per rendere giustizia, creando il problema che il diritto statutario non conosce e imponendo la necessità di qualche ragionevole soluzione.

Si deve poi avvertire che i risultati ai quali è pervenuta la dottrina dominante nel diritto comune, che sul problema della *restitutio in integrum* ha sempre manifestata una sostanziale concordanza di opinioni, hanno sicuramente influenzato fortemente le scelte della legislazione statutaria sammarinese.

Ma le soluzioni della dottrina, cui peraltro si è voluto adeguare lo Scialoja, non sembrano aver tenuto conto delle possibili prescrizioni derivanti invece dallo *ius proprium*, che per l' ordinamento sammarinese ne fanno un caso del tutto singolare e di grande interesse per osservare un modello di rapporti tra *ius proprium* e *ius commune* all' interno della sistematica che li governa.

La soluzione sammarinese è infatti soluzione certamente "dotta", collocata in un sistema come un efficace strumento che consente di intervenire sull' *ordo iudiciorum* per tentare di rimediare agli effetti dilatori derivanti dai risultati cui perviene la dottrina. E' quasi una tecnica legislativa che pone a buon frutto i risultati dell' assoluta vigenza della norma di *ius proprium*.

La dottrina dominante, infatti, indagando intorno agli effetti "restitutionis in integrum postquam petita, ante vero quam obtenta sit et sic illa pendente", introduce immediatamente il principio che "restitutione in integrum pendente nihil innovari regulariter possit"³², richiamando la *ratio* che presiede all' effetto sospensivo conseguente all' interposizione d' appello e quella che fonda il regime riservato alla

³⁰ cfr. *Relazione della Commissione*, cit., p. 53.

³¹ cfr. *Relazione della Commissione*, cit., p. 55.

³² cfr. S. ODDI, op. cit., p. 327-33.

"nullitatis oppositio vel exceptio", per cui si realizzerebbe l' assurdo che "favorabilior est restitutio in integrum, quam nullitas"³³.

Il problema esaminato dalla dottrina, cui lo Scialoja aderisce, dunque "an et quando pendente restitutionis in integrum iudici adversus rem iudicatam impediatur executio sententiae", dove la *regul* è "quod sic, cum fallentiis". Ma le *fallentiae* o *limitationes*³⁴ proposte dalla dottrina sono in tutto diciannove e, per quello che mi è stat possibile riscontrare, nessuna riguarda il caso del divieto statutario meglio della prescrizione contraria dello *ius proprium*³⁵. Tale ipotesi che devo ricordare è poi quella sammarinese, non è proposta nè tant meno interessa minimamente la dottrina. Anzi, se è possibile generalizzarne i significati, rappresenta un aspetto da prendere in seria considerazione in una verifica dei rapporti tra *ius proprium* e *ius commune*, che sicuramente hanno inciso nella costruzione di que sistema.

La soluzione della dottrina, - "quod regulariter executio sententia impeditur et suspenditur pendente restitutione in integrum adversus rem iudicatam"³⁶ - vanta poi una consistente tradizione: la glossa, che meglio esamineremo in seguito, al luogo C.2.49 (50).un., sembr averla indicata per prima³⁷.

³³ cfr. R. LANCELOTTUS, *Tractatus de attentatis et innovatis lite et appellatione pendente et in alijs casibus...*, ed. Romae 1576, pars II, cap. 18, p. 378, nu. 1. "Prima quia scilicet restitutio, videtur esse quaedam species appellationis, quod enim maiores appellationis remedio idem [...]. Secunda ratio fit quia scilicet restitutio suspendit sententiam [...] ubi dicit restitutionem in integrum habere etiam hunc effectum suspensivum [...] et nota quod tria sunt, ubi vult, quod tria sunt, quae habent iurisdictionem suspendere, videlicet appellatio, relatio et restitutio. Si igitur restitutio operatur effectum suspensivum, ergo etiam debet causare attentatam [...]. Tertia ratio quia restitutio in integrum quoad impediendum executionem dicitur esse favorabilior quam nullitas ...".

³⁴ Gli elenchi delle *fallentiae* o *limitationes*, è opportuno chiarire una volta per tutte, non si elevano mai a sistema, ma restano all' interno di una casistica ispirata ad esigenze soprattutto pratiche, certamente interessanti, ma limitate rispetto alla collocazione, anche ideologicamente intesa, di cui sembrano essere in possesso grandi giudici dei Tribunali rotali come il De Luca, cfr. infra p. 115 s.

³⁵ cfr. la quaestio XLIII, art. I, "an pendente restitutione in integrum adversus rem iudicatam executio illius regulariter impediatur?" in S. ODDI, op. cit., pp. 327-33, nu. 1-50 ove sono passate in rassegna.

³⁶ cfr. S. ODDI, op. cit., p. 327 nu. 3.

³⁷ ma vedi infra p. 109 s. l' esame delle glosse ad verb. *restitutione* e poi ad verb. *restitutio*.

Seguono poi gli autori appartenenti alla scuola del commento, come Jacques de Revigny³⁸, Cino da Pistoia³⁹, Bartolo da Sassoferrato⁴⁰, Alberico da Rosate⁴¹, Baldo degli Ubaldi⁴², Paolo di Castro⁴³, Giasone del Maino⁴⁴, tra i civilisti, cui fanno eco, tra i canonisti, l'apparato ordinario alle *Decretales*⁴⁵ e Guglielmo Durante⁴⁶.

³⁸ La sua collocazione tra i commentatori è del tutto imprecisa: ma una sommaria rassegna della dottrina non consentirebbe di collocare i suoi contributi in modo autonomo; cfr. JACOBUS DE RAVANIS, *Lectura super Codice*, tit. *In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat* (2,49), l. *postulata* (un.), [ed. Parrisijs 1519, ed. anast. Forni, Bologna 1967 (= Opera Iuridica Rariora, I) f.109rb, per totum]: "Sequitur de effectu petite restitutionis: eius est effectus quod nil innovetur pendente restitutionis iudicio immo subiicitur rubrica postulata etc. Rubrum et nigrum idem dicunt pendente causa appellationis nihil est innovandum hoc dicit".

³⁹ cfr. CYNUS Pistoriensis, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomii, id est Digesti Veteris, doctissima commentaria*..., additionibus in margine adiectis... a Nicolao Cisnero..., tit. *In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat* (2,49), l. *postulata* (un.), [ed. Francofurti ad Moenum 1578, ed. anast. Torino 1964, f.109vb, nu. 1].

⁴⁰ cfr. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Codicis partem praelectiones*, tit. *In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat* (2,49), l. *postulata* (un.), [ed. Lugduni 1546, f.101rb, per totum]; anche in *In secundam Digesti Novi partem commentaria*..., tit. *De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis* (44.1), l. *Qui adgnitis* (11).

⁴¹ cfr. ALBERICUS A ROSATE, *In primam Codicis partem commentaria*, tit. *In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat* (2,49), l. *postulata* (un.) [ed. Venetiis 1585-1586, ff.119vb-120ra, nu.1].

⁴² cfr. BALDUS UBALDI, *Commentaria in I, II et III Codicis libros*, adnotationibus Alexandri Imolensis, Andrea Barbatiae, Celsi Philippique Decii illustrata, tit. *In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat* (2,49), l. *postulata* (un.) [ed. Venetiis 1572, ff.179ra, nu.1-3].

⁴³ cfr. PAULUS DE CASTRO, *In primam et in secundam Codicis partem commentaria*..., tit. *In integrum restitutione postulata ne quid novi fiat* (2,49), l. *postulata* (un.), [ed. Venetiis 1550, f.45, nu.6].

⁴⁴ cfr. JASON MAYNI, *In primam Digesti Novi partem commentaria*..., tit. *de re iudicata* (42.1), l. *si se non* (4), § *condemnatum* (6), [Venetiis 1568, f.129va, nu. 27].

Non diverso è poi l'indirizzo al quale aderiscono gli aut successivi cui, soltanto per completezza, non è poi del tutto inutile rinviare in materia⁴⁷.

A scanso di possibili equivoci, bisognerà premettere però che questa volta il punto esaminato è un problema soltanto formale e non diritto sostanziale⁴⁸. E' cioè un problema che investe il rito - l'*or iudiciorum* - osservato in tutti i giudizi della Repubblica, rito stabilito da norme imperative come le statutarie o da successive modificazioni oppure da consuetudini liberamente formatesi nell'Ordinamento Sammarinese, o infine dalle forme del processo romano-canonico⁴⁹.

Quindi si può anche affermare che, quando la legislazione sammarinese fosse anche costretta ad adottare il principio di sospensione dell'esecuzione per i lunghi tempi che ormai richiedono le forme del *iudicium rescindens*, seguendo le indicazioni della miglio-

⁴⁶ cfr. G.DURANDUS, *Speculi ... pars prima, Libri secundi particula III*, Ioan. Andrae, Baldi ac Henrici Ferrendat Nivemensis... additionibus illustratum..., Lugduni 1541, in tit. *de supplicatione Rub.*, f.211rb, nu.2].

⁴⁷ cfr. R.MARANTA, *Speculum aureum et lumen advocatorum praxis civili* [ed. Venetiis 1578, in VI parte, actu ultimo, numer. 58]; D. COVARRUVIA LEYVA, *Tractatus de restitutione in integrum*, in [Tractatus] *Tractatum de integrum restitutionibus*... tom. III, ed. Francofurti 1586, p. 11, numer. G.M.BRECHTANUS, *Tit. C. De in integrum restitutione minorum XXV anni*: *Tractatus* cit., tom. III cit., pp.162-163; R.LANCELLOTTUS, *Tractatus restitutione in integrum pendente*, in *Tractatus*, cit., tom. III, cit., p.56, nu.131 DE CALDAS PEREYRA, *Commentarius analiticus ad celeberrimam l. si curato habens*, C., *De in integrum restitutione minorum*, in *Tractatus*, cit., tom. ed. Francofurti ad Moenum 1586, p.531, nu.18; RIMINALDIS (A) IOANN MARIA et IACOPINUS, *Consiliorum sive responsorum juris... vol. I, II, III accesserunt... Hyppoliti Riminaldi... annotationes... Venetiis 1571* (cons.404, 1 per totum); GUIDO PAPA, *Decisiones... [Gratianapolitanae]...*, Antonii Ramba Fr. Pisardi, Stephani Ranchini, Laurentii Rabotii, ..., et P. Matthaei I.V. annotationibus elucidatae. Accesserunt Iacobi Ferrerii Tolosatis, ..., ad singulas quaestiones novissimae..., observationes multis in locis auctae, immutatae at illustratae. Necnon N. Bonetonii, ..., et, ... I. a Cruce..., ne doctissimae..., Lugduni 1610, (dec.215, nu.7, et sing.259); CASSAD GULIELMUS, *Decisiones et intelligentiae ad regulas Cancellariae... super dum tam in Signatura, quam in Rota tempore suo occurrentibus, recollectae Decisiones (Sacrosanctae) canonicae...*, ed. Venetiis 1572, pp. 364-648 (decis. titu. de rescript.).

⁴⁸ Vedi la decisione adottata dal Consiglio Grande e Generale del 6 settembre 1 su parere di A.C.Jemolo, cit., edita in *Giurisprudenza Sammarinese*, IV (1969), p.11.

dottrina del diritto comune, sceglie consapevolmente il principio del male minore. L'atto processuale della sospensione non pregiudica affatto il rapporto sostanziale agitato tra le parti, divenuto oggetto del giudizio di *restitutio in integrum*. Da questo punto di vista le ragioni del creditore, che persegue l'esecuzione sul debitore, se veramente esistono e devono essere riconosciute, non saranno minimamente e definitivamente pregiudicate da un provvedimento soltanto formale, come la sospensione. Sarebbe in quel momento sempre di maggior pregiudizio all'avversario, se l'istanza di *restitutio in integrum* trovasse qualche fondamento.

Secondo un passo dell'ormai noto parere di Vittorio Scialoja⁵⁰ riportato *ad unguem* dal Violi⁵¹ "il ricorso, diretto ad ottenere la restituzione in intero avverso una sentenza, produce di diritto l'effetto di sospendere l'esecuzione di questa". Il passo è quasi una massima, perché sintetizza efficacemente sia il diritto sammarinese vigente, sia le decisioni intervenute, sia l'evoluzione della dottrina del diritto comune.

La disciplina della sospensione oggi investe quindi anche gli atti esecutivi della sentenza gravata da restituzione in intero durante il giudizio *rescindens*, e, seguendo l'insegnamento imposto dallo Scialoja, ha finito per trovare nel diritto sammarinese solidi fondamenti positivi anche nello *ius proprium*.

Le prescrizioni delle *Leges Statutae*, del Libro IV, rub.II, § 669⁵² e poi del Libro IV Rub.XIII, §§ 721-723⁵³, sono ormai note e si è voluto ritenere, sempre seguendo l'indirizzo Scialoja, che sanciscano infatti il principio della sospensione⁵⁴. E al di là di ogni altro precetto, che invece esiste, anche queste disposizioni statutarie dovrebbero anzi essere applicate immediatamente perché, nella ideale gerarchia delle

⁵⁰ ma cfr. V. SCIALOJA, op.cit., p.181.

⁵¹ cfr. *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese* di Torquato Carlo Giannini, riveduto ed accresciuto [...] dal Dott. Francesco Violi, cit., p.187.

⁵² *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, Florentiae 1895, Liber quartus, *De appellationibus*, Rubrica II, *De officio et iurisdictione Dominorum Iudicum Appellationum, et de appellationibus interponendis*, § 669, p.181.

⁵³ *Leges Statutae* cit., Liber quartus cit., Rubrica XIII, *Quod appellatione pendente nihil debeat innovari*, per totam, p.188.

⁵⁴ Naturalmente in epoca recente dette prescrizioni sono state enunciate da

fonti del diritto sammarinese, detengono sicuramente il posto più elevato⁵⁵.

Il ricorso alla dottrina elaborata dal diritto comune è soltanto a momento successivo, non tanto di conferma o di riprova a quanto invece si vorrebbe positivamente già imposto dalle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, quanto di ricerca degli aspetti formali sostanziali, nonché dei limiti della più corretta applicazione del precetto statutario.

La rub.II, § 669 del Libro IV espressamente dice "coram ipsa autem Iudicibus [appellationis] si de nullitatis dictione, restitutione in integrum, vel reductione ad arbitrium boni viri tractabitur principaliter prout tractari posse decernimus, servantur statuta, et ordinationes omnes quae in materia appellationum servantur"; che, nella traduzione ufficiale del Fattori, del Tamassia e Brini⁵⁶, è così resa: "Se poi tratterà in via principale di querela di nullità, di restituzione in intero, di riduzione ad arbitrio boni viri, come decretiamo che si possa trattare si osservino le leggi tutte e tutti gli ordini che si osservano in materia appello".

Sulla competenza del Consiglio Grande e Generale a conoscere l'istanza di restituzione in intero nell'*Ordinamento Sammarinese* sostituitasi a quella di Magistrati, come il Giudice delle Appellazioni dopo le precedenti osservazioni, non ritengo ormai neppure opportuno soffermarmi, rinviando per i diversi aspetti, una volta per tutte, notissimo parere Scialoja, per cui è ormai da ritenersi definitiva massima che "il Consiglio Sovrano, valendosi della potestà riconosciuta nel citato § 115⁵⁷ dello statuto, possa dichiarare la propria competenza relativamente alla domanda di rescissione della sentenza"⁵⁸.

⁵⁵ Ma vedi il principio nelle *Leges Statutae*, cit., Liber I, Rub. XIII, cit., p.12 18, ove, come si è già detto, è testualmente e formalmente consacrato: "et si statim vel reformationes contingentes casus non deciderent, secundum formam iuris communis et laudabiles consuetudines Terrae praedictae procedere, finire, terminare valeant", poi ripetuto alla Rub.XXXI, cit., § 38 pp.29-30 dello stesso primo libro. Sul problema cfr. T. GIANNINI - F. VIOLI, op.cit., pp.17-18 e poi anche P. PERUZZI, *Proposta*, cit., 1968, pp.9-11.

⁵⁶ La traduzione dello statuto sammarinese fu ordinata dal Consiglio Principale Sovrano nella seduta dell'8 maggio 1893 e fu affidata a Marino Fattori, sotto revisione di Nino Tamassia e Giuseppe Brini: cfr. *Leges Statutae* cit., p.IV.

⁵⁷ cfr. *Leges Statutae*, cit., Liber secundus, cit., rub.VI, cit. p.76, § 115: "Quod cognitio incompetentiae aut suspicionis Iudicis pertineat ad generale hu[m]anum Reipublicae Consilium dumtaxat, et non ad alios".

⁵⁸ cfr. V. SCIALOJA, op.cit., p.181, ma sul problema vedi anche tutte le con-

Lo stesso parere rappresenta oggi un decisivo precedente, allegato al problema della esecuzione in pendenza di restituzione, perchè offre anche la soluzione concreta ed operativa, ormai accettata, quando stabilisce senza mezze misure che "il ricorso diretto ad ottenere la restituzione in intero avverso una sentenza produce di diritto l'effetto di sospendere l'esecuzione di questa", con un rapido elenco di autori, testimoni della dottrina intermedia e successiva⁵⁹.

La riferita norma del § 669 della Rub.II costringe però l'ardito esegeta al richiamo dell'altra disposizione statutaria, già citata e già nota, della Rub. XIII del Libro IV, §§ 721-723, dove è prevista la disciplina del giudizio d'appello e che, nel suo testo latino, così recita: "Quia iuri consonum est, quod donec pendet examen, et cognitio appellationis, alterius Iudicis officium conquiescat, ideo statuimus et ordinamus, quod interposita appellatione viva voce, vel in scriptis, in casibus in quibus non est expresse prohibitum appellari, Iudex a quo appellatur nihil innovare debeat in rebus, et in personis usque quo per Iudicem appellationis aliud fuerit declaratum, sub pena vigintiquinque librarum denariorum si fuerit ab interlocutoria appellatum. Si vero a diffinitiva, puniatur Iudex innovans per Iudicem appellationis in quinquaginta libris denariorum Communi applicandis. Et in omnibus casibus Iudex praedictus innovans aliis quoque subiaceat poenis, quae iure communi propterea imponuntur. Innovatio autem fieri non intelligatur si ad ulteriora procedatur ante inhibitionem Iudicis, quando esset ab interlocutoria appellatum"; mentre nella sua traduzione si può così leggere: "essendo conforme al diritto che mentre pende l'esame e la cognizione dell'appello, l'ufficio dell'altro Giudice deve restar sospeso, stabiliamo, ed ordiniamo che interposto appello a viva voce, od in iscritto, nei casi in cui non è espressamente proibito appellare, il Giudice da cui si appella nulla debba innovare nelle cose e nelle persone, fino a tanto che dal Giudice d'appello sia stato altro dichiarato, sotto la pena di venticinque lire di denari, se sarà stato

legislativi del Consiglio Principe e Sovrano, come quello in materia di procedura penale, che porta a rimarcare, come argomento sistematico "la grande affinità tra la revisione e la restituzione in intero" (cfr.p.180).

⁵⁹ cfr.V.SCIALOJA, op.cit., pp.176-177. Elenca tra i testi da non trascurare che qui, solo per completezza, trascrivo letteralmente come sono presentati e sui quali non sarebbero inutili alcune verifiche: LANCELLOTTUS, *De attentatis*, part.II, cap.18, GALESIUS, *De restitutionibus in integrum*, cap.1, n.8, cap.9, n.203 e le decisioni rotali da lui citate nel *catalogus* annesso al suo trattato sotto i numeri 329, 381, 419; PEREZ, *Praelect. in Cod.*, II, 50; MEJER, *Collect. Argentoratense*, lib.IV, tit.I, nu.36, 37; BRUNNEMANN, *In Cod.*, II, 50, I, 1; LAUTERBACH, *Colleg. Pandect.*, IV 1, § 21; VOET, *Comm.in Pand.*, IV, I, nu.25; ARCASIUS, *Comm. iuris civ.*, lib.V, cap.I § 24. nap.70. WETZEL *System des ord*

appellato da una sentenza interlocutoria. Se poi da sentenza definitiva il Giudice che innova sia punito dal Giudice d' Appello in cinquanta lire di denari da applicarsi al Comune. Ed in tutti i casi il Giudice innova sottostia alle altre pene, che dal diritto comune perciò vengono imposte. Non s'intenda poi che si faccia innovazione, se si proceda oltre, prima dell'inibizione del Giudice, quando fosse appellato da sentenza interlocutoria".

In primo luogo è da rilevare la perfetta rispondenza delle norme statutarie sammarinesi ai principi che in materia di interposizione d'appello sono stati ampiamente elaborati dal diritto comune: l'Ordinamento Sammarinese recepisce così principi generali originari e uniformi fatti propri anche dalle legislazioni codificate.

Intorno a questi principi la dottrina intermedia ha poi costruito precise teoriche, che per la comune origine storica e la sostanza uniformità di vigenza, sono applicabili anche alla disciplina prevista dallo statuto sammarinese.

Il fondamento positivo che si è voluto trovare alla disciplina liquiderebbe di per sé ogni ulteriore questione esegetica e sistematica ma la dottrina del diritto comune deve essere necessariamente richiamata ed esaminata, perchè precisa meglio ed ulteriormente portata delle norme statutarie richiamate dallo Scialoja.

Il regime statutario è semplicemente quello che nella restituzione in intero "si osservino le leggi tutte e tutti gli ordini che si osservano in materia di appello", della Rub.II, § 669 del Libro II, che è una normalissima e ricorrente norma di rinvio, che ha origini lontane perchè discende direttamente dal regime previsto dal già citato luogo C.2.4 (50).un., diremmo oggi, in combinato disposto con C.2.4.32, con già in definitiva ha annotato lo stesso Scialoja⁶⁰.

C'è però da aggiungere anche un'altra considerazione: il rinvio prospettato dallo Scialoja ha in un certo senso definitivamente influenzato anche l'*ordo iudiciorum*, nel senso del rito seguito, ed è naturalmente dovrebbe essere quello del giudizio d'appello. E in primo luogo ha posto anche la necessità dell'instaurarsi del contraddittorio anche nel *iudicium rescindens*, laddove la sentenza investita da ricorso o da istanza, per restituzione in intero, non avrebbe avuto alcuna necessità di essere difesa con memorie o allegazioni per i fondamenti stessi che già in sé presenta e possiede⁶¹.

⁶⁰ cfr.V.SCIALOJA, op.cit., p.176.

⁶¹ Avverte incidentalmente S.ODDI, op.cit., p.332, nu.51 che "per viam supplicis petitur restitutio": è interessante notare come a tale affermazione corrisponda perfettamente anche la nozione di citazione prevista dalle *Leges Statutae* cit., rub.VI. del Libro II, § 110: "quod propterea libellus fieri non debeat solemniter, e

Lo statuto dunque prescrive come, agitandosi avanti al Giudice "in via principale" il giudizio rescissorio, si debba sempre ricorrere al rito seguito nel giudizio d' appello, dove è prescritto che si osservi il principio generale della sospensione dell' "ufficio" del Giudice di primo grado, e del divieto di "innovare nelle cose e nelle persone, fino a tanto che dal Giudice d' Appello sia stato altro dichiarato".

La disciplina statutaria cui si richiama lo Scialoja dispone quindi in due diverse direzioni, perchè in primo luogo sospende ogni *iurisdictio* del Commissario della Legge, o del Conciliatore, sulla causa nei confronti della quale è interposto appello o restituzione in intero e, fino alla sua definitiva pronuncia, oppone al Giudice delle Appellazioni il divieto di innovare.

Il diritto positivo sammarinese, lo *ius proprium*, secondo il parere Scialoja, consentirebbe così tranquillamente di concludere che "il ricorso diretto ad ottenere la restituzione in intero avverso una sentenza produce di diritto l'effetto di sospendere l'esecuzione di questa". Il Commissario della Legge, o il Conciliatore, che sono poi anche i Giudici dell' esecuzione⁶², in pendenza di istanza di restituzione in intero, non possono procedere ad atti esecutivi.

La rilevanza che assume il momento di inizio dell' esecuzione rende la fattispecie più complessa e costringe ad allargare l' indagine alla ricerca dei criteri integrativi, formulati questa volta dalla dottrina per stabilire se, soltanto in effettiva pendenza di procedimento restitutorio, è riconosciuta efficacia sospensiva sulla base anche della sola richiesta di restituzione in intero⁶³.

annotazione ha un suo valore non solo ai fini di un riscontro oggettivo che lo statuto sammarinese è fortemente dipendente dall' ideologia elaborata dalla dottrina del diritto comune, quanto perchè, anche la pratica posta in essere dal forzato trasferimento di competenza al Consiglio Principe e Sovrano, non ha spostato di molto le forme nelle quali si è mosso tutto il sistema processuale. Ricordo solo che, nell' *ordo iudiciorum* sammarinese, la semplice supplica comporta l' ordine del magistrato per la "comparizione del convenuto, esprimendo l' oggetto della chiamata": cfr. T.C. GIANNINI, op.cit., p.39. Credo che l' obbligo del rispetto del principio del contraddittorio davanti ad un collegio abbia poi portato quasi necessariamente alla pratica oggi corrente.

⁶² per i principi cui si attiene l' ordinamento sammarinese nell' esecuzione cfr. T.C. GIANNINI- F. VIROLI, *Sommario*, cit., pp.123-128.

⁶³ Già tra le *limitationes* - è la diciannovesima - di S. ODDI, op.cit., p.332, nu.49, troviamo quella che in seguito l'elaborazione della dottrina porrà come un criterio oggettivo per non concedere l' effetto sospensivo all' istanza di restituzione in intero: "ut non procedat, quando executio esset prius petita, quam petita esset restitutio in integrum".

Nella legislazione romana, al luogo C.2.49 (50).un., troviamo un brevissimo titolo - "in integrum restitutione postulata ne quid no fiat" - con un unico rescritto dell' Imperatore Gordiano, nel quale richiama appunto il principio dell'efficacia sospensiva di qualsiasi innovazione della *restitutio*, che si riferisce certamente al rapporto sostanziale. L'innovazione vietata dal diritto romano è dunque quel che incide sul rapporto sostanziale che è oggetto di giudizio, non sugli aspetti formali. Qui è infatti previsto che "postulata in integrum restitutione omnia in suo statu esse debere, donec res finiat, perspicui ius est, idque curabit is, ad cuius partes ea res pertinet", in perfetta consonanza con un altro rescritto - sempre appartenente all' Imperatore Gordiano - in tema di appello, considerato sicuro principio della legislazione romana e che è poi proprio quello a cui fa ideale rinvio lo statuto sammarinese. Al luogo C.7.62.3 è infatti stabilito che "appellatione interposita, licet ab iudice repudiata sit, in praeiudicium deliberationis nihil fieri debere et in eo statu omnia esse, quo tempore pronuntiationis fuerint, saepissime constitutum est". Tutto il sistema della sospensione trova poi una sua più esplicita riprova negli elementi testuali del terzo luogo, C.2.4.32. E' un rescritto di Diocleziano Massimiano, dove è affermato che "si causa cognita prolata sententi sicut iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis sollemnitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi non e opinionis incertae [...] praeses provinciae usitato more legum rebus pridem iudicatis effectum adhibere curabit", da cui anche si deducono gli effetti sospensivi del mezzo di impugnazione ordinario, come l'appello, e in conseguenza anche del beneficio, tutto straordinario, della restituzione. La *restitutio* infatti non è un mezzo di impugnazione, ma può essere inteso per tale, proprio perchè la situazione processuale già consumata nella sentenza definitiva ed è ormai irreformabile⁶⁴.

L' istanza - la *postulatio* - del provvedimento restitutorio nel diritto romano non avrebbe alcun bisogno di richiamare l' effetto dell'interposizione dell'appello, ma esplicherebbe già effetti propri dato che "nihil erit innovandum", imponendo ugualmente un regime "congelamento" della situazione sostanziale e processuale, che poi non sarebbe proprio necessario se non si fossero dilatati in lunghezza i tempi processuali in conseguenza della modifica costituzionale, già esaminata, che ha operato il trasferimento di competenza.

Chiarisce la glossa ordinaria - il commento integrale alle leggi romane elaborato dalla grande giurisprudenza intermedia - che l'istanza

⁶⁴ "Ma comunque resta fermo che la restitutio è un beneficio straordinario, volto a evitare una sentenza legalmente non viziata, ma ingiusta, ed ingiusta per ignoranza, incapacità, forza maggiore hanno impedito al soccombente una adeguata difesa: un rimedio singolare ..." riafferma con vigore lo Jemolo, cit.,

è da intendersi nel suo momento iniziale, alla sua presentazione "nec concessa hic, nec denegata". Ma c'è di più: l'apparato accursiano liquida definitivamente il nostro problema con grande rapidità, perchè la "sententia lata [...] exequi non debet, nisi ante cognoscatur, utrum debeat restitui", senza nessuna necessità di dover richiamare il principio sospensivo tipico dell'effetto dell'interposizione d'appello, passaggio che invece deve ritenersi essenziale nella disciplina dell'istituto della restituzione cui lo Scialoja vuole trovare fondamento sullo *ius proprium* sammarinese.

Nell'appello dunque il principio richiamato dallo statuto è quello che "appellatione interposita manere debent omnia in suo statu" - così è precisato nel *casus* all'apparato ordinario -, oppure che "in preiudicium deliberationis nihil fieri debere" - che è testo nel secondo rescritto di Gordiano.

La soluzione già nota all'apparato ordinario è quella che il limite da rispettare comprende "veluti executio, vel quid simile", esplicitando il divieto di dare esecuzione alla sentenza appellata. Il rinvio statutario vuole così chiudere in cerchio il problema per il regime della restituzione in intero, richiamando proprio questa disciplina.

La soluzione elaborata dal diritto romano e dalla glossa naturalmente è conosciuta e ripetuta da tutta la successiva dottrina già esaminata. Una delle principali e più importanti conseguenze della proposizione dell'appello è costituita dall'efficacia sospensiva di tale atto, per cui l'esecuzione della sentenza impugnata, come pure qualsiasi altro effetto, escluso naturalmente il devolutivo, che da questa potrebbe discendere, resta per così dire "congelato" sino alla nuova pronuncia.

La formazione di un'organica disciplina del fenomeno, ed una sua consapevole elaborazione concettuale, si sono affermate già nelle fonti romane e il principio generale, enunciato in termini divenuti a noi ormai abituali, trova testimonianza anche in altri luoghi, come un famoso passo ulpiano, che appunto conclude: "recepta appellatione nihil erit innovandum". Si può così concludere che già anche nel diritto romano è riconosciuta l'efficacia sospensiva della *restitutio in integrum* solamente in relazione alla richiesta e non alla successiva concessione del provvedimento restitutorio di rescissione della sentenza pronunciata e passata in giudicato.

Nella dottrina del diritto comune la glossa ordinaria conferma la disciplina scelta, che sarà anche fatta propria dallo statuto sammarinese. Nelle stampe cinquecentesche, prima del luogo già citato, C.2.49 (50).un., il principio della sospensione è stato così efficacemente massimato da Baldo degli Ubaldi e Bartolomeo da Saliceto: "pendente causa restitutionis in integrum nihil est innovandum".

La glossa, come si è visto, fornisce chiarimenti esegetici essenziali per una migliore applicazione del principio della sospensione.

fatto di essere presentata. Comunque, pendente la *restitutio*, la sentenza pronunciata "exequi non debet, nisi ante cognoscatur utrum debeat restitui", richiamando ampiamente gli enunciati principi sospensivi materia di appello - "quo casu erat ante iudicium quod de restitutio coeptum est [...] nec sententia mandetur executioni", - e allegando ai luoghi della compilazione giustiniana che qui, per ragioni di brevità esposizione, è più opportuno omettere.

Tutta la successiva dottrina non si allontanerà più da conclusioni alle quali è pervenuta la glossa ordinaria, se non per meglio specificare, e magari anche ampliare il tema della sospensione degli esecutivi in presenza di una restituzione in intero, con temi discussioni che si presentano già allora nel diritto comune, come ancora oggi nel diritto sammarinese dopo la svolta decisiva cui ha portato il parere Scialoja.

Nella dottrina posteriore alla glossa infatti si prende coscienza che l'effetto sospensivo dell'istanza di *restitutio in integrum*, esteso per gli aspetti processuali della vicenda giudiziaria, solleva problemi di giustizia processuale, perchè la postulazione della restituzione può soddisfare soltanto interessi del debitore che ricerca effetti esclusivamente dilatori. Ritarda così la conclusione della vicenda giudiziaria a tutto scapito del creditore, o meglio di colui che ha ottenuto una sentenza passata in giudicato, sentenza che a buon diritto ormai è suscettibile soltanto di atti esecutivi.

Anche nel sistema processuale di diritto comune, definita la fase della cognizione, si passa necessariamente a quella della esecuzione della condanna, cioè al momento della realizzazione in forma specifica di quanto è stato definitivamente stabilito dal Giudice. La pronuncia quando ormai non è più impugnabile con rimedi ordinari, cioè con *appellatio* - "quae est communis iuris", come dice la glossa a C.2.49 -, può essere gravata soltanto con la richiesta che vengano accordati benefici straordinari, tra i quali finiremmo per elencare anche la *restitutio* - "quae est speciale ius". L'operazione non è consentita, perchè stravolge i principi della restituzione in intero, che, come è stato già riaffermato dallo Jemolo⁶⁵, non è un mezzo di gravame neppure straordinario.

⁶⁵ vedi in *Giurisprudenza Sammarinese*, cit., 1964-1969, p.13: lo Jemolo cita proposito la definizione tratta dallo *Speculum iudiciale* (ed. Augustae Taurinor 1578, pars II, f.220r) di Guglielmo Durante: "facilius repellitur quis a benefici restitutionis in integrum, quod est ius singulare quam a iure communi". Presso Autori successivi non sembrano esistere ripensamenti, ma vedi, p.e., M. SOCIN *Consiliorum sive malis responsorum... volumen quartum*. Accesserunt additiones... d. Hieronymi Zanchi Bergomensis..., cons. XLVI (=Resolus praesentis consultationis) ed. Venetiis 1580 f.85v nu. 45: "restitutio in integrum".

Ma la indiscriminata postulazione del "beneficio straordinario" della restituzione in intero lascia molto perplessa anche la dottrina intermedia. Prende sempre maggiore consistenza l'ipotesi che il ricorso alla *restitutio in integrum* sia proposto solo come semplice rimedio dilatorio, escogitato dal debitore all'ultimo momento, ai fini di allontanare nel tempo gli atti esecutivi, cioè la naturale conclusione della vicenda giudiziaria.

Viene pertanto avvertita l'esigenza che devono essere in qualche modo interdetti gli intenti dilatori più palesi e in conseguenza vengono individuate alcune *praesumptiones*, cioè situazioni già obbiettivamente precostituite, nei confronti delle quali non è necessario alcun giudizio di relazione che discenda da fatti che ne costituiscano il fondamento. Attraverso lo strumento delle presunzioni legali la dottrina riesce ad individuare alcuni casi in cui l'istanza di restituzione è da ritenersi proposta soltanto come rimedio chiaramente dilatorio.

Così un autore, anzi un divulgatore, come il Sabelli⁶⁶, ha già isolato il problema con qualche chiarezza, quando afferma che la "*restitutio in integrum petita adversus sententiam, facit cessare illius executionem, vel eam retardat, nisi prius fuit petita executio, et sic attendenda est praeventio in petitione restitutionis, vel executionis [...]* ubi quod Rota semper sequuta est hanc opinionem [...] ubi pluribus concordantibus adductis firmat *restitutionem non concedi, quando praecessit petitio executionis*. Quid autem si eadem hora, vel tempore fuerit petita restitutio et executio, ut saepe contingit? dic tunc recurrendum esse ad iustitiam causae, ut si non appareat de malitia semper restitutio intelligatur prius petita, ne cum executione fiat alteri praeiudicium".

La "*praesumptio malitiae contra petentem*", cioè la presunzione che l'istanza sia stata maliziosamente proposta con intenti soltanto dilatori dal debitore, è ormai individuata in precisi termini giuridici anche presso un altro divulgatore come il Ferraris⁶⁷, ove appunto si afferma che "*restitutione in integrum petita, ordinarie suspenditur executio sententiae, nisi praesumptio malitiae sit contra petentem [...]*, quia quando ex coniecturis praesumi potest, quod restitutio in integrum malitiose petatur solum ad suspendendam sententiae executionem, tunc non suspenditur, sed fit ipsius sententiae executio, cum hoc tamen, *quod idonea cautio detur restitutionem petenti, quod si in causa praevaluerit, universa simul cum fructibus medio tempore percipiet*".

⁶⁶ cfr. M.A.SABELLI, nella sua notissima *Summa diversorum tractatum*, Tomus quartus, Bononiae 1686, p.77, nu.5.

⁶⁷ cfr. L.FERRARIS, *Restitutio in integrum in Bibliotheca canonica iuridica*.

Alla maliziosa trovata del debitore, che potrebbe con la sospensione degli atti esecutivi far sparire i suoi beni, si oppone dunque l'imposizione di una cauzione, di una efficace garanzia, prima di concedere la sospensione.

L'istituzione della cauzione in dottrina è uno dei primi rimedi pensati non in via esegetica, ma in via tutta processuale con palesi intenti cautelativi; non discende da prescrizioni imperative, ma soltanto da un ordine del Magistrato e trova fondamento sui poteri discrezionali inerenti all'ufficio⁶⁸.

Il problema comunque è riproposto anche presso il Voet⁶⁹, per il quale "pendenti l'esame della causa e la cognizione intorno alla restituzione in intero, certo non è da farsi alcuna innovazione; e però la sentenza contra la quale viene implorata non otterrà infrattanto esecuzione, ma rimarrà sospesa del pari che fosse appellata (L. 34, C. de transactionibus), e il contratto non riceverà adempimento avvegnachè domandata la restituzione in intero, sta scritto esser evidente in diritto che tutto dee sussistere nello stato in cui si trova, fin a ragione decisa (L. unica, C. de in integrum restitutione postulata n. quid novi fiat); qualora non apparisca a primo tratto da concludere presunzioni, che la restituzione sia stata domandata affine soltanto a ritardare l'esecuzione o il pagamento (arg. L.2, C., ad lever Corneliam de falsis; cap.6, in medio, Extra, de in integrum restitutione)".

Come ben si vede, la dottrina, per combattere gli specifici intenti dilatori della restituzione, allega il luogo C.9.22.2, generalizzando quanto è stabilito per il debitore proponente una azione *de falso* su documento che fonda la domanda del creditore. Come ben sintetizza Viviano Tosco nel suo *casus* all'apparato ordinario, "tamen qui confessus est debitum, prius debebit solvere, et postea intentabit accusationem de falso", secondo una affermazione che, per altri aspetti introduce anche il noto, ma oggi discusso principio del *solve et repete*.

Così concorda con questa legge il *Liber Extra*, al c. suscitata, *De in integrum restitutione*, all'apparato al ver. *sententiae* in fine (Extra

⁶⁸ L'applicazione della cauzione, secondo quanto ci riferisce R.LANCELOTTU nel suo *Tractatus de restitutione in integrum pendente ad appellandum*, in *Tractatus cit.*, tom.III, cit., p.51, nu.57, è prassi corrente presso i grandi Tribunali: "quod cautione tenentur Domini [de Rota] in Beneventana bonorum, coram Iunio, 2 novembris 1557".

⁶⁹ cfr. G. VOET nel suo *Commento alle Pandette*, edizione col volgarizzamento fronte riveduta e corretta dal Dott. I. FORTIS I lib. IV tit. 1 § XXV Venez.

41, 6), che, secondo lo Scialoja⁷⁰, affronterebbe il problema della domanda temeraria fatta a scopo sospensivo.

Ma tutta questa preziosa esperienza della dottrina del diritto comune intorno agli effetti processuali della restituzione in intero è stata ugualmente ben assorbita dalla legislazione statutaria sammarinese. A ben guardare nelle *Leges Statutae* infatti al già esaminato § 148, della Rub.VI, del Libro II, si prescrive che: "quod executiones conformium, aut earum sententiarum, quae transitum fecissent in rem iudicatam retardari non debeant praetextu restitutionis in integrum [...] praestita tamen ab eo, qui executionem petit, idonea fideiussione de reponendo omnia in pristinum, casu quo sententia revocata esset...", che, nella traduzione italiana ufficiale è così reso: "che l'esecuzione di sentenze conformi, o di quelle che fossero passate in cosa giudicata, non debbano essere ritardate col pretesto della restituzione in intero, [...] prestata però da colui che domanda l'esecuzione idonea sigurtà di riporre ogni cosa in pristino, nel caso che la sentenza fosse revocata ..." ⁷¹.

Anche questa disposizione come quelle già esaminate, che in definitiva risolve altri aspetti del problema, deve essere censita tra quegli indizi sicuri che fanno della raccolta sammarinese una legislazione statutaria "dotta", nella quale cioè sono stati recepiti e anche realizzati i contributi della secolare elaborazione dottrinale del diritto comune.

Dopo aver esaminato le precedenti norme, dettate in materia di appello e che, come si è visto, riassumono altre indagini, altre dispute dottrinarie, la collocazione della disposizione del § 148 alla rubrica "de abbreviatione litium, et modo procedendi in causis civilibus", evidenzia nello statuto sammarinese una forte tensione che accoglie e risolve le sistematiche già presenti in dottrina. Non è senza una ragione che lo stesso § 148, nella espressa previsione di evitare gli intenti dilatori, oltre alla restituzione in intero esibisce un elenco, nel quale colloca anche altre situazioni processuali, come quelle derivanti "praetextu [...] compensationis crediti illiquidi, retentionis melioramentorum illiquidorum, aut similium ...". Proprio in questa sede - come si è detto alla rubrica "de abbreviatione litium, et modo procedendi in causis civilibus" - si individua e si prevede una "idonea fideiussio de reponendo omnia in pristino" ⁷² accogliendo le esigenze cautelari già ventilate in dottrina, ma sotto l'unico denominatore, che è poi anche la

⁷⁰ cfr. V. SCIALOJA, op.cit., pag. 177.

⁷¹ cfr. *Leges Statutae*, cit., Liber secundus, *Civilium causarum*, Rubrica VI, *De abbreviatione litium, et modo procedendi in causis civilibus*, § 148, p. 79.

sua vera *ratio*, degli effetti processuali dilatori. In questo caso, forse meglio che nei due precedenti, si capisce che quelle dettate dallo statuto sammarinese non sono affatto norme sparse e generiche, ma ben collocate sistematicamente nella raccolta delle *Leges Statutae*, in momenti processuali precisi, che rivelano la sicura derivazione da modello ideologico dottrinale.

Certo la dottrina del diritto comune *in materia* ha prodotto anche altri contributi che l'Ordinamento Sammarinese dovrà comunque considerare. Ai principi generali ispiratori del precetto statutario che impone invece il divieto di sospensione, si atteneva in definitiva anche il De Luca⁷³ ove, tra gli effetti del rimedio della *restitutio in integrum*, afferma che "regula est, quod illa operatur eosdem effectus, quo operatur appellatio circa suspensionem sententiae". E poi precisa anche che, quando il debitore non oppone "impedimenta positiva particularia", ma solo "generalia", cioè non allega l'applicazioni di leggi, ma opposizioni ben più e solamente generiche, si è guardato a momento in cui il "victor a Tribunali [...] obtinuerit, servatis servandis mandatum executivum, quod ex dispositione iuris esset prompte exequibile, sed ab eo actu abstinere congruit, ad evitandas molestias, quae a secularibus magistratibus inferri soleant etiam ex officio et altera parte non instante, quando mandata, aliaeque expositiones Curiae demandentur sine ipsorum assensu, vel sine concessione brachii, aut sine executoriatione, quae aliquando longas moras parere solent" ⁷⁴.

Si è così presa in considerazione non la più semplice presunzione, cioè la conoscenza di un fatto certo per risalire ad uno incerto, non noto, ma quella fase processuale che è il momento di inizio dell'esecuzione, cioè l'estrazione del mandato esecutivo, e non tanto il momento della richiesta, che è invece quello che precede i veri e propri atti esecutivi.

In particolare si è ritenuto rilevante, quando, ottenuto il mandato esecutivo, su propria iniziativa o d'ufficio, si porta a conoscenza del debitore che si ha intenzione di procedere ad esecuzione nei suoi riguardi, momento processuale che oggi nell'ordinamento sammarinese si realizza con la notifica del precetto eseguita dall'Ufficio Cursorile⁷⁵.

Avverte infatti il De Luca, che nel formulare una qualsiasi soluzione si deve guardare anche alla procedura osservata - lo *stylus curiae* -, cioè come formalmente procede la *restitutio*, perchè "quando

⁷³ cfr. J.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Liber decimusquintus, I. Pars de iudiciis, disc. XXXVIII, ed. Venetiis 1734, p. 137, nu. 13 e segg.

⁷⁴ cfr. J.B. DE LUCA, op.cit., p. 138, nu. 17.

nihil deducat de novo, atque constet quod ea, ex quibus iniustitia desumitur, fuerint iam deducta et discussa". Quando cioè l'istanza "non tamen id sufficiens reputari debet pro huiusmodi concessione restitutionis in integrum", non sembra possibile fare altro che "rescribi debeat de clausula praeservativa executionis, denegando effectum suspensivum, sed etiam, at cum omnimoda denegatione, nihil rescribendum sit".

E' il caso limite nel quale appare già dalla prima lettura l'inconsistenza della istanza di restituzione, che però, sempre secondo lo *stylus curiae*, deve essere lasciata e riservata soltanto alla competenza del Giudice della *restitutio in integrum*.

Trasferendo tale serena conclusione della giurisprudenza dei grandi Tribunali intermedi nel diritto sammarinese, il rimedio proposto deve essere riservato alla piena competenza del Consiglio Grande e Generale, giacchè nei confronti del Giudice dell'esecuzione, opera quella sospensione della sua *iurisdictio* espressamente prescritta dallo statuto.

Infine il problema è stato risolto nei termini già esposti anche dall' Oddi⁷⁶, dove l' Autore discute se la "restitutionis in integrum pendentia" "iurisdictionem primi iudicis suspendere dicatur", cioè discute della soluzione che la legislazione statutaria sammarinese ha, per intervento dello Scialoja e sulla scorta della dottrina del diritto comune, ormai accettato e resa imperativa.

Si introduce una distinzione che, ai fini di una comprensione del diritto sammarinese, si è già dimostrata illuminante: se cioè la *restitutio* proceda davanti allo stesso Magistrato, oppure davanti ad un altro: il caso sammarinese, come si è visto, si complica perché qui è affermata la competenza del Consiglio Grande e Generale. La dottrina però conferma, ancora una volta e in precise fattispecie, la scelta sospensiva che vuole, dallo Scialoja in poi, positivamente imposta degli statuti.

Come già si è detto, oggi, in pendenza di restituzione in intero gli atti esecutivi non possono essere autorizzati dal Commissario della Legge, o dal Conciliatore, quali Giudici dell' esecuzione, perchè la giurisdizione del primo Giudice è sospesa e può essergli restituita solo dal Consiglio Grande e Generale, che può accertare, anche subito, i palesi intenti dilatori dell' istanza.

Riassumendo si può anche dire, come vuole Scialoja, che l'istanza di restituzione in intero sospende gli atti esecutivi: a termini statutari il Commissario della Legge, o il Conciliatore, non possono continuare a conoscere la causa anche quando l' istanza è presentata prima della notifica dell' atto di estrazione del mandato esecutivo e della richiesta di notifica dell' atto di precetto.

⁷⁶ cfr. S.ODDI, nel suo *Tractatus de restitutione in integrum* cit. Quaestio XI.II

Deve comunque ricordarsi che il Commissario della Legge, o Conciliatore, è anche già spogliato della causa o per doppia sentenza conforme, o per decadenza dell' appello, o infine per deserzione, uniche ipotesi processuali dopo le quali è pensabile una proposizione della restituzione in intero tra i casi tassativi per cui è ammessa.

Opponendosi però dal creditore che l'istanza di restituzione è soltanto funzioni dilatorie, tale opposizione deve essere ormai conosciuta per competenza solo dal Consiglio Grande e Generale, ci potrà, o non, concedere la prosecuzione dell' istanza o richiedere, base ai suoi poteri discrezionali, idonea cauzione dando poi corso al domanda.

Nessun dubbio, infine, che il Consiglio Grande e Generale possa disporre la sospensione esercitando i propri poteri sovrani *in limine* anche al giudizio rescindente⁷⁷. Il magistrato preposto all'esecuzione dovrà conformarsi senza che con tale atto sia offeso il quarto comma dell'art.3 della Legge 8 luglio 1974,n°.59, recante la "dichiarazione di diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell' ordinamento sammarinese", componendosi al contrario i due beni essenziali della "economicità" e della "indipendenza dei giudizi", espressamente protetti dal terzo comma dell'art. 15 della stessa legge.

In conclusione si può affermare che il regime sammarinese della restituzione in intero, scegliendo la soluzione Scialoja, ha ormai definitivamente accolto il principio sospensivo. Ha anche voluto ricondurre al dettato statutario, per quanto è stato esegeticamente possibile, una soluzione elaborata invece all' interno dello *i commune*, superando così, con un atteggiamento culturale disinvolto ma efficace, la prescrizione contraria imposta dallo *ius proprium* assorbendo senza troppi traumi gli effetti prodotti sull'*ordo iudiciorum* dalla forzata traslazione di competenza in tema di restituzione in intero.

Il processo evolutivo verso questa soluzione dimostra invece che la legislazione statutaria sammarinese è fortemente dipendente da dottrina, sia in positivo che in negativo, dato che il divieto statutario oggi arditamente superato, ha la sua *ratio* nella necessità di evitare effetti dilatori già individuati nelle dispute dei grandi dottori, le quali così devono essere considerate nuovamente.

E' però interessante annotare che tutto il travaglio esegetico sistematico della sospensione degli atti esecutivi, al quale le *Leges Statutae* hanno dapprima reagito con un espresso divieto, individuando la sua *sedes materiae* in quella lunga rubrica VI del Libro II, che ha il titolo "de abbreviatione litium, et modo procedendi in causis civilibus" che ad un attento esame mostra tutti i suoi caratteri di *reformatio* inserita

⁷⁷ Naturalmente è opinione già espressa, ma cfr. V.SCIALOJA, op.cit., p. 117, laddove però la sospensione venisse dichiarata con un atto, questo è ritenuto

successivamente in una preesistente raccolta. Il legislatore in un breve *accessus*, non privo di *loci* volutamente retorici, giustifica così gli interventi: "ut vero nostrae Reipublicae subiecti ab iis subleventur laboribus, et incommodis, quae longa solent afferre litigia, cordi nobis est partium subterfugia, et supervacuas dilationes amputare"; che nella traduzione ufficiale è così reso: "affinché i sudditi della nostra Repubblica sieno liberati dai travagli ed incomodi che sogliono apportare i lunghi litigi, è nell'intento nostro di troncane i sotterfugi delle parti e le inutili dilazioni"⁷⁸.

Il lungo elenco di disposizioni della Rub.VI andrebbe però attentamente indagato per controllare puntualmente in quale misura le disposizioni, adottate in questo preciso luogo dalle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, risolvano problemi già conosciuti dalla dottrina del diritto comune. Se i sondaggi a campione, che abbiamo tentato di fare⁷⁹, sono indicativi dell'affermarsi di una precisa tendenza culturalmente valida, ne deve emergere, in modo molto più decisivo di come peraltro si è già affermato, un modello di legislazione statutaria che dipende nelle sue scelte in buona misura anche dai risultati della dottrina del diritto comune.

E' una disposizione statutaria che, nell'ingenuo proposito di risolvere le liti⁸⁰, si preoccupa di porre in essere un ulteriore tentativo di razionalizzazione delle fonti oltre quelli già noti, componendo i

⁷⁸ cfr. *Leges Statutae* cit., Liber secundus, cit., Rubrica VI, *De abbreviatione litium, et modo procedendi in causis civilibus*, § 148, p.79.

⁷⁹ Oltre agli esempi già indicati - tra i quali naturalmente elencherei anche quello esaminato qui, sopra la n.54 - sono interessanti, quale sintomo di una legislazione "dotta", sia il caso della cauzione giuratoria dell'attore non soggetto alla giurisdizione sammarinese (cfr. § 13) sia il regime processuale relativo alle eccezioni riservate (cfr. § 14). Cfr. anche T.C. GIANNINI, op.cit., pp.55-57, che inconsapevolmente è testimone del fenomeno, ove annota, sempre a margine della ricordata rub.VI e dei casi segnalati, che non è di nessun rilievo la "definizione delle eccezioni dilatorie o temporanee e sulla caratteristica che le distingue dalle perentorie o perpetue, poichè lo Statuto regola in modo speciale alcune di queste eccezioni dilatorie, delle quali fa espressa menzione". Si deve dare atto, ancora una volta, dell'ampiezza dello spettro delle reazioni dello *ius proprium*.

⁸⁰ Il tentativo di "abbreviar liti" è una preoccupazione costante, forse anche un mito, dei legislatori e degli autori, polemisti e giuristi, dei secoli XV-XVIII; certamente segna anche uno dei momenti di crisi più alta del sistema di diritto comune sul quale si inseriscono, con iniziative e forme diverse, tentativi di razionalizzazione delle fonti, che concorreranno, assieme a molti altri fattori, a portare poi inevitabilmente alla moderna codificazione. Vedi alcuni accenni al problema in P. PERUZZI, *Progetto e vicende di un Codice Civile della Repubblica Italiana (1802-1805)*.

contrasti dottrinali, nati a margine dello *ius commune* e naturalmente riproposti costantemente in corso di causa, a volte anche ai soli fi litigiosi. La scelta è tutta legislativa e cade nell'efficace strumento c precetto statutario, cui consegue la forza dell'immediata applicazio tipica delle disposizioni appartenenti allo *ius proprium*, preferita a stessa decisione del Magistrato.

Si potrebbe anche ritenere che nella Rub.VI si realizza l'esigen di perseguire, attraverso la forma costituzionale delle *reformationes* quasi una interpretazione in via autentica dei casi proposti dalla dottri e nei quali non è sembrato opportuno lasciare irretire la giurispruden sammarinese⁸².

Come ho già affermato, dunque una legislazione statutaria "dotta", una legislazione che presuppone ed ha costantemer sott'occhio i risultati del travaglio secolare della dottrina del diri comune.

⁸¹ Come ho già detto, la rubrica, salvi gli opportuni accertamenti e riscontri tutta la natura di un intervento successivo ed autonomo su un corpus di disposiz statutarie esistenti; comunque, per il suo tenore e le stesse sue prescrizioni, derogano a qualcosa che sembra ormai consolidato nell'ordo iudiciorum, rientra n logica di una disposizione autonoma e non solo per il prologo già segnalato; sullo strumento legislativo come fonte di diritto e sul valore come fonte di di delle *reformationes contingentes*, che poi è *ius proprium*, cfr. *Leges Statutae*, Liber I, Rub. XIII, cit, p.12, § 18. Sul valore delle *reformationes* nell'Ordinam Sammarinese cfr. P. PERUZZI, *Proposta* cit., pp.9-11.

⁸² BIBLIOGRAFIA: Amplissima la letteratura in proposito, sia presso la trat stica che presso la giurisprudenza; a quelli già segnalati nelle precedenti note, se alcuna pretesa di completezza, aggiungerei senz'altro autori come TANCR Bononiensis, *Ordo iudiciarius*, Pars 4. tit. 6 (De in integrum restitutione); PILLII, TANCREDI, GRATIAE *Libri de iudiciorum ordine*, ed. Fr. BERGMA Gottingae 1842, pp.305-314; GUILIELMI DURANDI *Speculum iuris*, Li Partic.III, *De restitutione in integrum* [ed. Venetiis 1602, Pars secunda, pp.889-9 IOANNES MAURITIUS, *Restitutionis in integrum materia adamussim excu Parisiis 1548*; *Praxis novissima Sac. Reg. Cons. Neap.* IULII CAESA GALUPPI, cum additionibus R.D. FRANCISCI VERDE, Neapoli 1665, Pars Cap.V (De remedio restitutionis in integrum, impediens executionem sentent: pp.267-270; LEONARDI RICCI *Praxis Formulariae iudicii executivi et ordin*

DONATELLA LOMBARDI

RICONOSCIMENTO E/O LEGITTIMAZIONE DEI FIGLI NEGLI
ORDINAMENTI SAMMARINESE E ITALIANO

1.- Gli ordinamenti giuridici della Repubblica di San Marino e della Repubblica italiana sono profondamente simili in molti dei loro elementi costituzionali: ciò si evidenzia particolarmente in materia di matrimonio e di famiglia.¹

La Costituzione italiana - promulgata il 27/XII/1947 ed entrata in vigore il 1 gennaio 1948 - "riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi..." (art.29). "La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima" (art.30, c.3°).²

La Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese - approvata nella seduta dell'8 luglio 1974 dal Consiglio Grande e Generale e pubblicata all'Albo del Pubblico Palazzo il 17 luglio 1974 con legge 8 luglio 1974 n.59 - afferma che "la Repubblica tutela l'istituto familiare, fondato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi.... La legge garantirà ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela spirituale, giuridica e sociale, assicurando lo stesso trattamento dei figli legittimi" (art.12, commi 1° e 3°).³

¹Per quanto attiene al matrimonio e alla famiglia, in Europa e in Italia, cfr. JEMOLO A.C., *Il matrimonio*, Torino, 1957, pp.10 ss.; cfr. pure LACEY T.A., *The marriage in Church and State*, London, 1947. V. da ultimo GIACCHI O., *Riforma del matrimonio civile e diritto canonico*, in *Jus*, 1-2 (1974 p.21 ss.).

²Cfr. RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1987, specialmente a p.399; cfr. pure GALGANO F., *Diritto privato*, Padova 1981, pp. 731 e 735; TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1978, pp.867 e 886; BESSONE M., ALPA G., D'ANGELO A., FERRANDO G., *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1977, pp.17 ss.

³Sulla riforma del diritto di famiglia della Repubblica di San Marino non si hanno ancora trattazioni sistematiche: acuto e stimolante al riguardo è l'articolo del Commissario della Legge, dott. Francesco VIROLI, *Riforma del diritto di famiglia: progresso o fumus?*, nella pubblicazione dell'Istituto Giuridico Sammarinese, 30 settembre 1987, pp.29 ss., ora in *Quaderno dell'Istituto Giuridico*, 30 marzo 1989,

Come è agevole constatare anche a prima vista, ci si trova di fronte ad una corrispondenza formale e sostanziale, ad un vero parallelismo di norme e di istituti.

2.- Tale parallelismo si ritrova, addirittura potenziato, anche nelle due leggi, che *hinc inde* hanno dato pratica attuazione da una parte ai precetti della Costituzione italiana e dall'altra alla Dichiarazione dei diritti sammarinesi: la legge italiana di riforma del diritto di famiglia 19 maggio 1975 n.151 e la legge sammarinese di riforma del diritto di famiglia 26 aprile 1986 n.49.⁴

La corrispondenza formale e sostanziale fra le due leggi ricorre non solo nel loro impianto generale e nelle soluzioni di fondo, ma spesso si spinge anche nel particolare e nei dettagli minimi.

Ciò non toglie, comunque, che nell'una e nell'altra legge si abbiano alcune peculiarità caratteristiche e affatto singolari: fra queste vanno poste, senza dubbio, le scelte operate dai due legislatori in tema di riconoscimento e di legittimazione della prole.

Nella citata legge sammarinese di riforma del diritto di famiglia, infatti, è scomparso l'istituto tradizionale della legittimazione dei figli per susseguente matrimonio e *per rescriptum principis*, che rimane tuttora presente nella legge italiana di riforma del diritto di famiglia (art.280-290 c.c.).

3.- L'assenza dell'istituto della legittimazione dei figli naturali nella legge di riforma sammarinese non può fare a meno di sorprendere.

La legge sammarinese, infatti, nelle sue linee generali, in materia di filiazione imita la corrispondente legge italiana, accettandone la distinzione di fondo tra filiazione legittima (Titolo V) e filiazione naturale (Titolo VI), ma poi opera una scelta davvero singolare utilizzando solo l'istituto del riconoscimento (art.43), cui affida una finalità o effetto del tutto nuovo, in quanto "il figlio naturale riconosciuto acquista a tutti gli effetti di legge, compresi quelli successori, lo stato di figlio legittimo" (art.48).

⁴Sulla riforma italiana del diritto di famiglia, oltre i manuali citati alla n.2, cfr. AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia* (a cura di) Carraro, Oppo, Trabucchi, Padova, 1976-1977; AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia* (Atti del Convegno di Venezia), Padova, 1972; AA.VV., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (Atti del Convegno di Milano), Milano, 1976; AA.VV., *Studi in tema di diritto di famiglia* (a cura di) A.C. Jemolo, Milano 1967; Bessone e Roppo, *Il diritto di famiglia. Evoluzione storica, principi costituzionali e lineamenti della riforma*, III Ed., Torino, 1980; A. e M. Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia*, 2 voll., Milano, 1975/76; A. e M. Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia* 1975/78 tra

Ma dell'istituto della legittimazione dei figli naturali *ne verbi quidem!*

Il silenzio può apparire ovvio e naturale, dal momento che l'effetto tipico della legittimazione, cioè "lo stato di figlio legittimo", si acquista proprio con l'atto di riconoscimento del figlio naturale da parte di uno o di entrambi i genitori.

Sulla base di questa considerazione la soluzione tecnica adottata dal legislatore sammarinese, potrebbe sembrare un lodevole esempio di economia dei mezzi giuridici, per cui non sarebbe necessario ricorrere all'istituto della legittimazione, dal momento che l'effetto che ne è proprio, è ottenuto con altro istituto, che tradizionalmente serviva quale gradino o mezzo allo scopo.

Il Code Napoléon, all'art.331 infatti disponeva: "Les enfants nés hors mariage... pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnu avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de la célébration".⁵

Il codice Pisanelli - che, com'è noto, imitava dappresso il Cod Napoléon ⁶ - aveva una norma simile, se pur più dettagliata: "Non possono essere legittimati per susseguente matrimonio né per decret reale, i figli che non possono essere legalmente riconosciuti" (art.195).

Anche il vigente codice italiano ha una norma identica: "Non possono essere legittimati i figli che non possono essere riconosciuti" (art.281).

L'innovazione del legislatore sammarinese sarebbe dunque quantomeno una semplificazione di mezzi giuridici: con una specie di scorciatoia avrebbe permesso di ottenere - con l'istituto del riconoscimento - quell'effetto che tradizionalmente si otteneva e si ottiene con l'istituto della legittimazione.

Nella legislazione italiana infatti - come nella maggior parte delle legislazioni europee - "la legittimazione attribuisce a colui che è nato fuori del matrimonio la qualità di figlio legittimo" (art.280).

Soluzione diversa è stata, invece, adottata in quegli ordinamenti (come quello svizzero) in cui le riforme riguardanti la filiazione hanno avuto una portata innovativa talmente ampia da abolire ogni distinzione tra filiazione legittima e naturale: ovviamente in tali ordinamenti, poichè

⁵Cfr., Code Napoléon, Paris 1807, p.60; Sul punto cfr. Esmein A., *Le mariage et le droit canonique*, II Ed., Paris, 1929/35, p.46.

⁶Cfr. DEL GIUDICE V., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, 1959, p.436; cfr. pure IFMOI O A C *Il matrimonio*, III Ed. Torino, 1957, p.75. SPADA I I

non aveva più alcuna ragion d'essere, è stato abrogato l'istituto della legittimazione dei figli naturali.⁷

Non è avvenuto altrettanto nell'ordinamento sammarinese, nel quale la distinzione tra filiazione legittima e naturale non è stata abolita, come risulta dalla legge di riforma del diritto di famiglia:

Titolo V, Della filiazione legittima, (artt. 33-42) e dal TITOLO VI, Della filiazione naturale, (artt. 43-56); quindi, a rigor di logica, dovrebbe essere stato mantenuto in vigore l'istituto della legittimazione.

4.- A taluno potrebbe sembrare, pertanto, che la soluzione tecnica seguita dal legislatore sammarinese non sia del tutto felice - almeno sul piano formale degli istituti - per il fatto di aver indebitamente omesso l'istituto della legittimazione, e di avere attribuito all'istituto del riconoscimento una funzione del tutto nuova ed inaudita, se non pure *extra ordinem*.

In effetti il riconoscimento del figlio naturale (come l'istituto corrispondente della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità) ha sempre avuto la funzione di riconoscere o di dichiarare il fatto naturale della procreazione e di far acquisire lo status di figlio naturale:⁸ atto di riconoscimento e dichiarazione giudiziale sono stati tradizionalmente i due modi di acquisto dello status di figlio naturale, e al tempo stesso due titoli di detto status.⁹

Nella legge di riforma sammarinese l'art. 48 è categorico: sotto la rubrica "effetti del riconoscimento" si stabilisce che "il figlio naturale riconosciuto acquista a tutti gli effetti di legge, compresi quelli successori, lo stato di figlio legittimo".

L'art. 56 dispone poi: "La sentenza che dichiara la filiazione naturale produce gli stessi effetti del riconoscimento".

E' chiaro, dunque, che l'atto di riconoscimento o la Dichiarazione giudiziale di paternità sono - per la legge sammarinese - non modi di acquisto e titoli dello status di figlio naturale, ma modi di acquisto e titoli dello status di figlio legittimo.

Questa, introdotta dal legislatore sammarinese, è certamente una novità eclatante, ma si tratta di una novità fortemente ancorata alla feconda sostanza dei movimenti di libertà e di progresso che hanno

⁷Cfr. PEREGO, *Il problema della successione tra figli naturali*, in Riv. Dir. civ., 1968, II, p. 961; cfr. pure FERRANDO G., *La filiazione naturale e la legittimazione*, p. 110.

⁸Cfr. RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1987, p. 399; TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale*, cit., p. 883; GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 1981, p. 778.

percorso l'Europa nel dopoguerra, soprattutto in materia di matrimoni e di famiglia.

Si è accennato già a quelle legislazioni che hanno abolito ogni distinzione tra filiazione legittima e filiazione naturale: ma anche quegli ordinamenti che - come quello della Repubblica di San Marino o quello italiano - hanno mantenuto la distinzione tradizionale, praticamente hanno cercato di equiparare in ogni modo la posizione del figlio naturale riconosciuto o dichiarato alla posizione del figlio legittimo legittimato; e al riguardo è sintomatica la legge italiana di riforma del diritto di famiglia.¹⁰

La miglior dottrina ha colto immediatamente la novità: Torrente avvertiva autorevolmente che "la riforma ha portato ad un pressochè completa equiparazione tra la posizione di figlio naturale riconosciuto o dichiarato, e quella di figlio legittimo"¹¹.

Il Galgano va ancora oltre e afferma che "la posizione del figlio riconosciuto o giudizialmente accertato è identica a quella del figlio legittimo"¹².

Sulla base della prospettiva di queste autorevoli formulazioni dottrinali, appare quindi naturale e spontaneo il passaggio ulteriore: l'atto di riconoscimento o la dichiarazione giudiziale diventano modi di acquisto e titoli non tanto dello status di figlio naturale, quanto di quello di figlio legittimo, cui il primo è completamente equiparato al punto di identificarvisi.

5.- L'innovazione formale era, del resto, più che naturale nell'ordinamento sammarinese, il quale nella dichiarazione dei diritti di cittadini del 1974 dispone che "la legge garantirà ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela spirituale, giuridica e sociale assicurando lo stesso trattamento dei figli legittimi" (art. 12, comma 3°).

Una disposizione che, per i figli nati fuori del matrimonio, molto più favorevole della norma stabilita dalla Costituzione italiana che prevede solo quella "tutela giuridica e sociale, che sia compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima" (art. 30, comma 3°).

Sta di fatto che già il progetto sammarinese di riforma del diritto di famiglia - in armonia con le più sentite esigenze della società moderna - prevedeva una norma quanto mai significativa: "Il figlio naturale riconosciuto è parificato a tutti gli effetti di legge, compresi quelli successori, al figlio legittimo" (art. 41).

¹⁰Cfr. FERRANDO G., op. cit., p. 110; cfr. pure BIANCA C. M., *Diritto Civile*, Milano, 1985, p. 270 e p. 295.

¹¹Cfr. TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale*, cit., p. 891.

Tale norma poneva in evidenza la sensibilità del legislatore sammarinese, che dimostrava di aver colto quelle che sono le più attuali istanze ed esigenze della società moderna.

All'art.53 si stabiliva poi che "la legittimazione dei figli naturali avviene per susseguente matrimonio dei genitori o per sentenza del Commissario della Legge. La legittimazione attribuisce a colui che è nato fuori del matrimonio la qualità di figlio legittimo".

Una passo ulteriore si faceva nella seconda stesura del progetto di riforma con l'art.41: "il figlio naturale riconosciuto acquista a tutti gli effetti di legge, compresi quelli successori, lo stato di figlio legittimo con le procedure di cui al successivo art.54".

E l'art.54 riguardava le procedure stabilite per la legittimazione del figlio naturale, contenuta in un testamento o in altro atto depositato presso notaio. Anche se nel nuovo art.41 rimaneva il richiamo alle procedure previste per una speciale forma di legittimazione, si era già pervenuti alla nuova originale formulazione: con il riconoscimento il figlio naturale acquista lo stato di figlio legittimo.

In data 20 dicembre 1985, poi, la Commissione per lo studio dei problemi riguardanti la integrazione dei provvedimenti "proposte di togliere gli articoli concernenti la legittimazione".

La successiva stesura del progetto, all'art.49, riportava così una norma che scolpiva la posizione del figlio naturale riconosciuto, disponendo: "Il figlio naturale riconosciuto acquista a tutti gli effetti di legge, compresi quelli successori, lo stato di figlio legittimo".

E nulla più si prevedeva circa la legittimazione dei figli naturali, per nessuna delle sue forme (per susseguente matrimonio, per sentenza del Commissario della Legge, per testamento o altro atto pubblico).

Tale è rimasto il testo definitivo della legge, a parte la indicazione numerica: non è più l'art.49, ma il 48 che stabilisce "gli effetti del riconoscimento".

6.- A questo punto viene spontanea una domanda: anche se la legge di riforma del diritto di famiglia non menziona più in alcun modo l'istituto della legittimazione dei figli naturali, questo istituto è veramente scomparso dall'ordinamento giuridico sammarinese?

A prima vista parrebbe di dover rispondere affermativamente, cioè che il tradizionale istituto della legittimazione - pervenuto all'ordinamento sammarinese dalle fonti romane e dal diritto canonico, nell'alveo del diritto comune - è definitivamente scomparso.

La legge di riforma non solo non lo menziona più nella *sedes materiae*, ma all'art.145 abroga, tra gli altri, il titolo IV della legge n.43 del 12 agosto 1946, che era dedicato alla "filiazione legittima, illegittima, e legittimazione", che conteneva l'art.51 che dettava l'unica norma esplicita sulla "legittimazione dei figli per susseguente

Lo stesso art.145 abroga poi anche "le norme, consuetudini e istituti anche di diritto comune in contrasto con le disposizioni del presente legge".¹³

A prima vista potrebbe sembrare quindi che non vi sia alcuna possibilità di sopravvivenza per l'istituto della legittimazione dei figli naturali: anche perchè, oltre il dato formale ora evidenziato, vi sarebbe anche il fatto sostanziale della inutilità dell'istituto della legittimazione dal momento che ora "lo stato di figlio legittimo si acquista con riconoscimento o la Dichiarazione giudiziale di paternità".

Omnibus perpensis parrebbe, dunque, preclusa ogni via scampo per il vetusto e glorioso istituto della legittimazione dei figli naturali.

Ad una più attenta e meditata riflessione, però, la situazione giuridica risulta del tutto diversa.

E' ben vero che la legge di riforma non menziona più esplicitamente l'istituto della legittimazione (lo richiamava, come è visto, implicitamente il secondo progetto all'art.41 rinviante all'art.54 ma si ha la netta impressione che il legislatore abbia così disposto nel convinzione che tale richiamo fosse superfluo, e forse nel presunzione (inesatta) che tutti gli effetti della legittimazione potessero ormai ottenere con il novellato istituto del riconoscimento.

E' anche vero che la legge di riforma con il 1° comma dell'art.145 abroga ben cinque titoli della legge n.43/1946 (fra cui appunto il citato titolo quarto), ma tutto ciò si opera agli effetti e nel contesto di una generale modificazione delle norme sull'ordinamento dello stato civile, resa necessaria dalle molteplici innovazioni apportate in materia dalla riforma stessa.

In definitiva, il 1° comma dell'art.145 abroga quel titolo quarto che dettava le norme applicative dei plurisecolari principi sulla filiazione e sulla legittimazione dei figli, ma nulla dice sulla fonte che è sottoposta a quelle contingenti disposizioni applicative.

Fonte che è il diritto comune: al riguardo il Viroli scrive puntualmente: "Secondo il diritto comune, vigente anche in tale materia nel silenzio dello Statuto e delle successive riformazioni, legittimazione dei figli può avvenire:

1° - per subsequens matrimonium;

2° - per testamentum patris;

¹³Cfr. sull'art.145 le acute considerazioni di CAPRIOLI S., in Atti del Convegno 30 settembre 1987 nella Repubblica di San Marino, specialmente a p.143, ove osserva che in tema di famiglia "o una preesistente norma di diritto comune coincide con quella della legge 40/1986 ed allora è novata in questa, oppure"

3° - per rescriptum Principis.¹⁴

La legittimazione dei figli, quale tipico istituto di diritto comune non può quindi ricadere sotto la norma del 1° comma dell'art.145, ma potrebbe ricadere semmai sotto la disposizione dell'ultimo comma dell'articolo stesso: "La presente legge abroga: - tutte le norme, consuetudini ed istituti anche di diritto comune, in contrasto con le disposizioni della presente legge".

A parte quindi il consueto criterio di interpretazione formale (lex, ubi voluit, dixit ... e la riforma nel nostro caso tace!) si tratta perciò di esaminare in particolare se l'istituto di diritto comune della legittimazione sia o meno in contrasto con la legge di riforma e, più in generale, con la citata Dichiarazione dei diritti del 1974, n.59, di cui la riforma intende essere la puntuale e legittima applicazione.

Tale esame o "vaglio di compatibilità" - come suggestivamente lo definisce il Caprioli - deve perciò essere "tripolare".¹⁵

Orbene, non si può certo dire che l'istituto della legittimazione sia in contrasto con l'art.48 della riforma, che definisce gli effetti civili dell'istituto del riconoscimento; anzi si deve affermare che l'istituto della legittimazione rimane un punto ineliminabile di riferimento per quello "stato di figlio legittimo che il figlio naturale riconosciuto acquista a tutti gli effetti di legge, compresi quelli successori".

Come potremmo configurare uno "stato di figlio legittimo" se non avessimo l'istituto della legittimazione dei figli naturali, quale termine positivo di paragone, e quale meta ultima e tendenziale?

L'istituto del riconoscimento e quello della legittimazione non sono su una linea di collisione o di contrasto, ma su una linea di progressione e di avanzamento: il riconoscimento dell'art.48 si potrebbe definire una *legitimatio minor* in riferimento alla *legitimatio major*, quale rimane la legittimazione per antonomasia, quella del diritto comune.

La dimostrazione è molto semplice.

Infatti la tradizionale legittimazione dei figli naturali - quale regolata dal diritto comune, e in specie nel diritto canonico, il solo vigente per la materia matrimoniale fino al 1953 nella Repubblica di S. Marino - ha l'effetto fondamentale di inserire i figli, nati fuori del matrimonio, in una vera famiglia legittima, fondata sul matrimonio dei loro genitori e arricchita di tutte le molteplici relazioni di parentela facenti capo al padre e alla madre.

¹⁴P. CALAMANDREI, parere al Consiglio dei XII, 16 giugno 1948, causa 92/1947, *Giur. Samm.* 1963, p.12 s., citato anche da VIROLI F., *Diritto delle persone e della famiglia*, rist. negli Atti, cit., p.16.

Ciò invece non avviene, e non può avvenire con l'istituto del riconoscimento novellato, di cui all'art.48 della riforma: la cosa è evidente per il figlio naturale che - a tenore dell'art.43 della riforma - sia stato riconosciuto o solo dal padre o solo dalla madre; ma anche se entrambi i genitori, e congiuntamente, lo riconoscono, il figlio riconosciuto acquista sì lo "stato di figlio legittimo", ma soltanto nei confronti di ciascun genitore, e separatamente, mancando il matrimonio o rapporto coniugale fra i genitori stessi.

La singolare situazione è tratteggiata con grande efficacia dal Torrente, che osserva: "Per i figli riconosciuti, o dichiarati tali con sentenza del giudice, rimane sempre una differenza fondamentale, corrispondente alla mancanza di un rapporto di coniugio tra i genitori del figlio naturale riconosciuto o dichiarato, per cui mentre il figlio legittimo o legittimato ha uno *status* che gli garantisce un rapporto giuridico con la coppia dei genitori, uniti in matrimonio, e quindi l'appartenenza ad una famiglia, il figlio naturale riconosciuto o dichiarato assume uno *status* soltanto nei confronti di ciascun genitore, ed anche quando sia riconosciuto da entrambi, la mancanza di un rapporto coniugale fra i genitori determina la costituzione di due rapporti, indipendenti tra loro, con ciascuno dei genitori"¹⁶

Questa situazione, poi, è ulteriormente peggiorata, sul piano della legge di riforma sammarinese, per il fatto che, a tenore dell'art.49, "il figlio naturale assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto".

E poichè chi riconosce per primo il figlio naturale è il più delle volte la madre (che, in genere, lo fa nell'atto di nascita), di conseguenza il figlio riconosciuto porterà per sempre il cognome della madre, con buona pace della comune valutazione sociale, che continuerà a vedere in lui un figlio "illegittimo".

Non è chi non veda come la "tutela sociale" dei figli nati fuori del matrimonio, e semplicemente riconosciuti - pur con l'acquisto dello *status* di figli legittimi - ne esca in gran parte vanificata, al punto che viene spontaneamente da chiedersi se l'istituto del riconoscimento novellato sia in grado di rispondere a tutte le feconde indicazioni fissate programmaticamente dal comma 3° art.12 della Dichiarazione dei diritti "La legge garantirà ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela spirituale, giuridica e sociale, assicurando lo stesso trattamento dei figli legittimi".

Da uno spassionato confronto fra l'istituto tradizionale della legittimazione, l'art.48 della riforma e l'art.12 comma 3° dell:

¹⁶Cfr. pure BIANCA C.M., op. cit., p.271 e p.295, in nota 192; cfr. anch' CAPELLO V., *La famiglia riformata*, Bologna, 1975, p.69, ove si osserva che due figli naturali degli stessi genitori, pur dopo il riconoscimento "non avranno tr

Dichiarazione - è qui che il vaglio di compatibilità si fa veramente tripolare - risulta chiaro che l'istituto del riconoscimento pur novellato rimane sempre molto lontano dalla meta ideale fissata dalla Dichiarazione stessa ("ogni tutela spirituale, giuridica e sociale").

D'altro canto appare evidente che - sul piano della suprema linea di tendenza della Dichiarazione ("lo stesso trattamento dei figli legittimi") - solo l'istituto della legittimazione tradizionale si colloca molto più in alto e riesce ad adeguare l'ideale programmatico della "tutela giuridica, sociale e soprattutto spirituale dei figli nati fuori del matrimonio": a costoro, infatti, solo la legittimazione propria del diritto comune e canonico procura una vera famiglia, fondata sul rapporto di coniugio dei genitori e ricca di tutte le relazioni di parentela di cui fruiscono i figli legittimi.

Questo è l'elemento centrale, che va tenuto presente *in primis* nella delicata materia.

Orbene, è evidente che ancor oggi - e alla luce della Dichiarazione del 1974 - al cittadino sammarinese deve essere riconosciuto e garantito non solo e non tanto il diritto a fruire dell'istituto del riconoscimento novellato, di cui all'art.48, ma dev'essere soprattutto garantito e conservato quell'istituto tradizionale della legittimazione che non solo non è in contrasto con il primo, ma si pone a un livello di perfezione superiore, dando una vera famiglia ai figli nati fuori del matrimonio, e realizzando così appieno quella "tutela giuridica, sociale e spirituale", che è prevista dalla Dichiarazione in ragione dello "stesso trattamento" da riservare ai figli, naturali o legittimi che siano.

In particolare, per quanto attiene poi alla tutela "spirituale" nel senso più ampio e vero, va precisato che la legittimazione dei figli si attua normalmente attraverso il matrimonio sia civile, sia religioso (art.3 della riforma), secondo quella libertà di culto che è garantita dall'art.6 della Dichiarazione.

A quest'ultimo riguardo va doverosamente ricordato, per completezza, che la legittimazione per susseguente matrimonio si aveva normalmente con le nozze canoniche: il matrimonio canonico è stato - come avverte il Ramoino - l'unica forma di matrimonio ammessa nella Repubblica fino al 1953 ¹⁷ e "ipsa legitimatio erat effectus proprius et inseparabilis matrimonii subsequenteris". ¹⁸

¹⁷Cfr. RAMOINO G., *Appunti di diritto sammarinese*, Repubblica di San Marino, 1956, p.16; cfr. pure CURTI-PASINI e RANZA, *Principi elementari del diritto privato della Repubblica di San Marino*, Milano, 1939, p.65 e p.66.

Il matrimonio canonico, "celebrato nella osservanza delle leggi dello Stato" e coi dovuti adempimenti, produce ancora oggi gli effetti civili, secondo l'art.3 della stessa legge di riforma.

Non è davvero pensabile che la legge di riforma, carente, come si è rilevato, di qualsiasi norma esplicita in tema di legittimazione, possa - col suo silenzio - aver tolto al culto cattolico (come agli altri culti) - la possibilità di legittimare i figli per susseguente matrimonio, e di dare loro per di più quella vera famiglia che il riconoscimento puro e semplice non potrà mai dare, anche se permette l'acquisto dello stato di figlio legittimo.

Del resto, se è stata data all'Autorità Religiosa la facoltà di accogliere - nell'atto di matrimonio - le dichiarazioni dei cittadini per quanto attiene alla scelta del regime della separazione o della comunione dei beni, non si vede per quale ragione tale Autorità Religiosa non abbia più la facoltà - esercitata ab immemorabili e certamente fino all'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia - di legittimare figli naturali per subsequens matrimonium.

Invero, se nell'ordinamento sammarinese fosse sparita, con la legge di riforma, la possibilità della legittimazione per susseguente matrimonio religioso o civile, cioè se fosse venuta meno la facoltà di dare ai figli nati fuori del matrimonio una vera famiglia, pienamente gratificante sotto il profilo sociale e spirituale ¹⁹, allora con ciò si sarebbe negata, in effetti, la possibilità di offrire loro "lo stesso trattamento dei figli legittimi" (art.12, comma 3° della Dichiarazione).

Se ciò fosse avvenuto (ma è far violenza alla ragione il solo pensarlo), ci sarebbe veramente da ripetere - col Viroli, uno dei più autorevoli testimoni della tradizione giuridica sammarinese - l'interrogativo alquanto provocatorio: "riforma del diritto di famiglia: progresso o fumes?" ²⁰.

Nonostante tutto, e pur di fronte a numerose imperfezioni ²¹, si è convinti di poter apprezzare nella legge di riforma un notevole

¹⁹CESARO, *Studi per Campagna*, Milano, 1982, p.181.

²⁰Cfr. VIROLI F., *Riforma del diritto di famiglia: progresso o fumes?*, cit.; c. pure le interessanti considerazioni di DI GRAZIA S., *I rapporti tra matrimonio religioso e matrimonio civile nel diritto sammarinese*, in Quaderni di diritto politica ecclesiastica 1988, Padova, p.93 ss.

²¹In tema di "errori, incongruenze, contraddizioni" della Legge di Riforma serenamente dissertato l'Avv. Gloria Giardi in un intervento al Convegno settembre 1987, ora in Quaderno dell'Istituto Giuridico Sammarinese, 30 mar

progresso per il diritto di famiglia in genere²² e, in specie, in materia di riconoscimento e di legittimazione dei figli.

Accanto alla legittimazione per antonomasia o per susseguente matrimonio (secondo i principi costantemente confermati dalla giurisprudenza sammarinese), ²³ si colloca ora la nuova forma di acquisto dello stato di figlio legittimo attraverso l'istituto del riconoscimento.

7.- E', questa, una conclusione logica e ragionata, che si fonda non solo sulle considerazioni astratte, ora formulate sulla riforma del diritto di famiglia vista nel quadro onnicomprensivo dell'ordinamento giuridico sammarinese e, in particolare, della Dichiarazione del 1974, ma che si basa altresì sul dato concreto della giurisprudenza più autorevole della Serenissima Repubblica.

Basti citare, al riguardo, il caso più recente e davvero emblematico.

In data 9 febbraio 1989 - il Commissario della Legge dott. Francesco Viroli approvava, con un suo provvedimento di rito, la legittimazione dei figli naturali, avvenuta per susseguente matrimonio civile, celebrato dai genitori il 4 febbraio 1989.

La fattispecie era del tutto singolare. Si trattava di ben cinque figli naturali che, in tempi diversi, ma sempre avanti l'entrata in vigore della legge di riforma del diritto di famiglia, avevano ottenuto la Dichiarazione giudiziale di paternità dietro azione promossa dalla madre, rimasta sempre nubile; il padre - che al contrario era legato da vincolo matrimoniale e che, nonostante ciò, aveva sempre favorito quelle dichiarazioni di paternità - in data 3 novembre 1988 aveva riottenuto lo stato libero con sentenza del Commissario della Legge, che aveva dichiarato la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio canonico celebrato in Italia. ²⁴

A quel punto i genitori - che finalmente potevano convolare a giuste nozze - si posero il problema di come far acquisire lo stato di legittimo a ciascuno dei cinque figli, già riconosciuti come naturali con alcune sentenze del giudice, emesse avanti la riforma del 1986.

Un rebus non facilmente risolvibile.

Mancava infatti al riguardo una norma esplicita nella legge di riforma, e nella stessa mancava pure una disposizione quanto meno

²²Cfr., nel Quaderno dell'Istituto Giuridico Sammarinese, cit., p.130, l'intervento pregevolissimo del Prof. Alberto Trabucchi che sottolinea "la saggezza del legislatore sammarinese nell'equilibrata riforma degli istituti familiari".

²³Cfr. VIROLI F., *Diritto delle persone e della famiglia*, cit., p.30.

analoga a quella prevista dalla riforma italiana del diritto di famiglia, che all'art.232 stabilisce: "Le disposizioni della presente legge relative all'azione per la Dichiarazione giudiziale di paternità e maternità nonchè alle azioni previste dall'art.279 del codice civile, si applicano anche ai figli nati o concepiti prima della sua entrata in vigore".

S'imponesse, pertanto, il naturale riferimento all'ordinamento giuridico sammarinese, che - nel quadro del diritto comune e del diritto canonico - da secoli ha saputo definire il ricorrente problema dell'acquisto dello stato di figlio legittimo.

Così la soluzione, giustamente, è stata quella classica: i genitori di questi cinque figli naturali, nel celebrare le loro nozze, hanno legittimato la prole per susseguente matrimonio, rilasciando apposita Dichiarazione all'Ufficiale dello Stato Civile.

E l'Ufficiale dello Stato Civile ha proposto, per l'approvazione - a S.S. il Commissario della Legge del Tribunale Commissariale di San Marino - l'annotazione di legittimazione.

Il Commissario della Legge approvava, apponendo il suo visto in data 9 febbraio 1989: si riconosceva così che vi era stata una esatta applicazione delle norme vigenti, non solo, ma ancora che l'istituto della legittimazione era sempre vivo e vitale, oltre che necessario nell'ordinamento giuridico sammarinese.

Una decisione illuminata, che segna un punto fermo e sicuro nella vita giuridica della Serenissima Repubblica. In questa prospettiva di fondo si può quindi ragionevolmente affermare che, anche in materia di riconoscimento e legittimazione dei figli, la legge di riforma ha segnato complessivamente un autentico e sostanziale progresso per l'ordinamento giuridico sammarinese.

POSTILLA

Poche parole aggiungo al contributo della Dottoressa Lombardi, nell'attesa di leggere sulla *Giurisprudenza sammarinese* il provvedimento commissariale del 9 febbraio 1989, da lei citato. Non indugio su quel depotenziamento dell'art.12 c.3 L.8 luglio 1974 n.59, dal quale prende le mosse la giovane studiosa (§ 1), giacchè ben provvede poi essa stessa a correggere la mira (§ 5). Ognuno sa che la *Dichiarazione sammarinese dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento* non ammette alcun limite legale della parità, sancita tra figli naturali e figli legittimi; limitazione che non è esclusa dall'art.30 c.3 della Costituzione italiana. La figura della *compatibilità* non è certo da mettere fra le meglio tornite, ma se non intervenga una revisione della legge fondamentale italiana, resta che ai "diritti dei membri della famiglia legittima" si contrappongono in Italia posizioni giuridiche *tutelate* da leggi ordinarie solo in quanto le seconde risultino *compatibili* con i primi. Non indugio sul tema scottante del mimetismo legislativo, toccato nel § 2. Con parola di buon latino umanistico, gli statuari sammarinesi hanno scritto *imitatio* (Lib.II, rub. 64, § 456); e la giovane studiosa impiega la stessa parola nel § 3 (così fa pure S. DI GRAZIA, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 1988, p.96 e n.11). Non indugio su certi problemi di logica formale, sfiorati nel § 3. La via tracciata dal legislatore sammarinese non è "una specie di scorciatoia", battendo la quale si possa produrre "con l'istituto del riconoscimento" "l'effetto che [...] si otteneva [...] con l'istituto della legittimazione". Riconoscimento e legittimazione sono fattispecie affatto eterogenee, tanto che in ordinamenti non ispirati come il sammarinese alla più schietta parità della figliolanza, la situazione della prole riconosciuta resta sensibilmente diversa da quella della legittimata (ed a tal punto la Dottoressa Lombardi cita parole di Andrea Torrente).

Il problema è presto enunciato ed affatto radicale: se la disciplina della famiglia, che il legislatore sammarinese ha sancito con norma propria (L. 26 aprile 1986 n.49), presenti lacune. Francesco Carnelutti direbbe, traducendo il latinetto di antichi brocardi nel suo linguaggio suggestivo, che dobbiamo qui tenerci in docile ascolto del legislatore, per accogliere il messaggio trasmesso da lui con silenzi eloquenti: *Ubi noluìt, tacuit*. In ordinamenti europei diversi dal sammarinese non ha senso alcuno sindacare la discrezionalità del legislatore, che è sottratta peraltro allo stesso giudizio di costituzionalità (ben s'intende, nelle materie in cui è concessa). Ed a San Marino invece il legislatore - sostiene la studiosa - avrebbe "indebitamente omesso l'istituto della legittimazione" (§ 4), talchè la disciplina sarebbe "carente di qualsiasi norma in tema di legittimazione" (§ 6. Da ciò Ella sembra cogliere un *argumentum ab absurdo*, ipotizzando un impossibile conflitto: se non si riconoscesse la lacuna da lei denunciata, e se non la si integrasse col mezzo da lei suggerito, la Repubblica "avrebbe tolto al culto cattolico la possibilità di legittimare i figli per susseguente matrimonio"! Prudenza consiglia di non evocare lo spettro di polemiche ormai deposte in grembo a Clio).

La Dottoressa Lombardi si figura il problema della sopravvivenza (§ 6) dopo il 1° luglio 1986 d'un istituto, che ebbe origini e funzioni ben determinabili, anche se non ancora ben conosciute. Sembrerebbe un arido problema di successione delle leggi, per usare il linguaggio dei manuali; ma la questione è cruciale, di valori - e ciò spiega il fervore con il quale la nostra studiosa l'affronta -:

hanno accompagnato le varie proposte di disciplina legale per la famiglia di fatto. La Dottoressa Lombardi s'innalza alla contemplazione della "vera e propria famiglia, fondata e costituita mediante il matrimonio"; e con la vista abbacinata dal suo splendore, sembra sovrapporre ipotesi inconciliabili con lo stesso vecchio e rimpianto istituto, quasi dimenticando gli ammonimenti d'un maestro sull'"nostalgia del vecchio e la critica del nuovo" (P. Rescigno, *Manuale*, 1986, p.86). Il riconoscimento ad opera "di un solo genitore" cade fuori dell'istituto tradizionale come pure quello ad opera "di entrambi" (§ 6). La Dottoressa Lombardi si appellava ad autorità, la cui parola vale in ordinamenti diversi da quello sammarinese, noi prestando ascolto al monito insistente di Guido Astuti (G.d.A. 30 luglio 1963, G. 1964, I,2, c.192, e *Giur. samm.* 1965, p.52; ancora G.d.A. 10 agosto 1967, *Giur. samm.* 1964-1969, p.188).

Non sta a me dichiarare l'intento del legislatore sammarinese, che per altro risulta evidente dal tenore delle norme. Ad un giurista italiano di larga sofferta esperienza dobbiamo una lettura puntuale della L.26 aprile 1986 n.49. In questa Lamberto Sacchetti ha posto in luce le linee fondamentali (*Atti di convegno sulla tutela del minore nel nuovo diritto di famiglia* (1987), San Marino 1989, pp.93-104), chiarendo che la famiglia "può (...) consistere anche nella semplice diade genitore - figlio naturale riconosciuto" (p.96), posta la prole finalmente al centro della famiglia "a prescindere dalla decisione sponsale dei genitori", e perciò "unificato lo status di tutti i figli nel titolo di legittimità" per l'perfetta "equivalenza tra filiazione matrimoniale, filiazione naturale riconosciuta e filiazione adottiva", e superato "il monopolio della legittimità con l'accordarsi questa anche ai figli naturali riconosciuti" (p.94). Ciò che la Dottoressa Lombardi pur vede, se riconosce la "novità eclatante", "introdotta dal legislatore sammarinese", in ciò: "lo status di figlio legittimo" si acquista non solo per fatto naturale di due genitori coniugi, ma anche per dichiarazione d'un solo (§ 4). Il legislatore del 1986 ha compiuto una scelta di valori, saggiamente liberandosi da quella commistione di etico e giuridico, da cui assai poco bene è venuto per seccarsi all'istituto famiglia. In Italia quella confusione prendeva forma in un comma di codice civile, che Domenico Barbero sottopose a critica definitiva già nel 1956 e in sede non sospetta (*I diritti della famiglia nel matrimonio*, relazione al convegno *Matrimonio fondamento della famiglia*, *Quaderni di Iustitia* 8, Roma 1956, p.72s). Tredici anni più tardi la Corte costituzionale gli avrebbe prestato ascolto, con saggia respicienza. A San Marino la risalente *distinctio* dei figli ha finito di essere "un dilemma valutativo", divenendo piuttosto una connotazione cronologica propriamente anagrafica; rispecchia la biografia dei genitori, non esprime un qualche natura dei figli, pressochè immutabile. Quella *distinctio* ripeteva una scansione della società per famiglie, intese a "mere funzioni sociali, politiche economiche" (precisa diagnosi di G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia da riforme ai codici*, Milano 1978, p.1). Oggi una visione incentrata sulla persona mette in luce il profilo umano d'ogni realtà sociale; consente indagini attenti facendo emergere accanto alla famiglia legittima realtà diverse, che pur non le contrappongono, ma anzi ad essa si orientano gradualmente. Penso alla famiglia di fatto, come famiglia *in fieri*, quale risulta all'osservazione serena di Pierpaolo Donati (*L'emergenza della famiglia auto-poietica*, nel *Primo rapporto sulla famiglia in Italia*, da lui curato, (Torino) 1989, pp.57-59). Ridotta quella *distinctio* ai suoi molteplici significati storici, e consegnata ai tempi cui appartiene, potremmo forse intendere pienamente la funzione d'istituti, caratteristici d'un mondo affat-

Ora quella "valutazione sociale", su cui fa leva la nostra studiosa (§ 6), gratificandola del connotato di "comune", nulla ha da spartire con la "tutela sociale" che la Dichiarazione dei diritti "garantisce ai figli nati fuori del matrimonio" (art.12 c.3); ed in più ripugna a quella "protezione della comunità", che la stessa L.59/1974 assicura ad "ogni madre" come un "diritto" (art.12 c.2). Non vedo come possa l'Autrice dimenticare che la taccia d'illegittimo, da cui sarebbe gravato "per sempre" il figlio riconosciuto nella "comune valutazione sociale", è uno stigma impresso direttamente alla madre (una lettera scarlatta). Ognuno vede che se "la comunità" deve proteggere "ogni madre", non può la "comune valutazione sociale" avvilirla nel figlio riconosciuto. Non è questione di logica formale, di arida coerenza. Ma coerente è stato il legislatore sammarinese, quando nel 1986 ha dato forma di legge a quei principi che aveva dichiarato nel 1974; quando ha delineato una famiglia ben diversa da quella che fu viva nella tradizione europea medievale e moderna, rispetto alla quale era stata per secoli inevitabile - al punto da apparire naturale (come sembra forse ancora alla nostra studiosa) - una contrapposizione irriducibile tra figlio legittimo e figlio illegittimo, pur con il parziale rimedio (che direi casuistico) del riconoscimento (ma che dico! Figlio naturale era soltanto quello riconosciuto, privo restando di relazione familiare con altri il meramente naturale). Oggi la famiglia sammarinese "vera e propria" è quella di cui le fattezze vediamo scolpite nella L.49/1986.

I dubbi che sembrano arrovellare la Dottoressa Lombardi vengono dissolti dalla disciplina stessa nella sua integrità, che è pure coerenza. La risposta è ferma e rasserenante: sì, non v'è posto nella disciplina sammarinese per un istituto, che ha potuto rendere buoni servigi all'umanità nei tempi e nei luoghi, in cui dominavano altre immagini della società coniugale, altri valori. Il legislatore del 1986 ha taciuto eloquentemente.

Ma l'Autrice trova conforto alla propria tesi in un provvedimento commissariale ancora inedito. Giova paragonare la tesi alle scarse risultanze del caso da lei citato (§ 7), riassumendo quella e ragionando su queste. Per la studiosa, il difetto di norme lascia soggetta l'ipotesi al diritto comune; questo s'identifica in materia di famiglia con il diritto canonico. Io sarei cauto sul punto; mentre la Dottoressa Lombardi non mostra dubbi in proposito (§ 6) e s'appoggia all'autorità di Piero Calamandrei. Restituiamo finalmente a quel maestro ciò che gli appartiene, pagine accessibili a tutti nella *Giurisprudenza Sammarinese* (1963, p.12s.); e rinunciamo a citarlo per brandelli, attraverso l'opera di benemeriti compilatori. Ci avvedremo che l'opinione di Calamandrei concerne esclusivamente "il matrimonio, per i suoi requisiti intrinseci ed estrinseci e per la sua dichiarazione di nullità" (p.13), non altro (del resto, già T.Comm. 20 agosto 1927, causa 28/1927, *Giur. samm.* 1927, p.12s. Si sottrae ad ogni controllo un'opinione enunciata perentoriamente dallo stesso G. RAMOINO, *Le fonti del diritto privato sammarinese*, San Marino 1928, p.16: "Tutto ciò che si riferisce al matrimonio è (in conformità di quanto dispone il diritto comune) regolato dalla Chiesa ed oggi dal *Codex iuris canonici* emanato da Benedetto XV nel giorno di Pentecoste del 1917". La registro soltanto perchè *aliquando bonus dormitat Homerus*). Ma di ciò basta ora: altrimenti mi avventurerei in una selva che attende di essere esplorata palmo per palmo. E torniamo al punto. Sul quale invero la tesi della valente studiosa prova troppo: se il diritto canonico fosse, come Ella sostiene, la disciplina vigente oggi a San Marino per i fenomeni che il *ius proprium* non abbia previsto nel regolare la famiglia, non si darebbe il caso cui ha

matrimonio dei genitori successivo alla procreazione dei loro figli fu validamente celebrato il 4 febbraio 1989, dopo che erano "cessati gli effetti civili (...) di un matrimonio canonico celebrato in Italia". Tutti sappiamo che il matrimonio canonico non è scalfito dalla pronuncia - di magistrato italiano o sammarinese, qui non fa differenza - che ne estingua gli effetti civili; tutti vediamo che nessun mutamento questa pronuncia ha prodotto nella situazione della prole. Il provvedimento commissariale - per quel che se ne dice -, applicando norme ecclesiastiche, avrebbe fatto civilmente legittimi dei soggetti che erano stati e rimanevano canonicamente non legittimabili, perchè non riconoscibili; e non riconoscibili perchè adulterini (scrivo questa parola serenamente, dacchè non è una lettera scarlatta). Apro il mio vecchio codice piano-benedettino e leggo il can.1116; e da esso risalgo ai suoi *fontes*, puntualmente segnati dal Cardinal Gasparri: sono capitoli del *Liber Extra*, che tutti conosciamo o dovremmo conoscere: i canoni 6, 9 e 15 di X. 4, 17; e risalgo ai testi giustiniani, con i quali le decretali si componevano in sistema (*utrumque ius*), canonizzandoli: C. 5,27,5-7 e 10s.; Inst. 3,1,2a ed Inst. 1,10,13; e Nov.89,8s. No, guardando alla sola sostanza delle cose ed accantonando ogni profilo di rito, ed in specie di competenza, a quella prole non giova la disciplina ecclesiastica medievale nè la moderna (non giova neppure il can.1139 del codice giovanneo, che pur sembra meno rigoroso; ma deve leggersi nella coerenza del sistema, alla luce del can.1085). Se nei suoi *considerando* il magistrato sammarinese avesse ritenuto vigente, contro il preciso disposto dell'art.145 L.49/1986, la disciplina canonica del matrimonio, in quanto costitutiva dell'*utrumque ius*, e perciò integrativa del *ius proprium*, avrebbe nella specie provveduto in violazione di quella stessa disciplina, di cui assumeva il vigore. Qui la postilla finisce, perchè sarebbe immetodico ed irraguardoso appagarsi di congetture, quando sarà possibile fra breve leggere il provvedimento nel suo tenore.

Aggiunta alla postilla

Mentre correggo le bozze, un amico valoroso m'informa che non si è dato il provvedimento commissariale, cui allude concludendo la Dottoressa Lombardi (un *provvedimento di rito* lo qualifica nel § 7). Se la notizia non è una benevola congettura, conforta quale segno rinnovato della rigorosa e leale osservanza che negli Uffici Giudiziari incontra l'art.145 L.49/1986. Del resto avrebbe suscitato meraviglia un provvedimento commissariale (non faccio questione di nome dell'atto, nè di fine *substantia* di questo, che da *provvedimento di rito* evapora a *visto*, nè di titolare dell'ufficio) simile nel disposto a quello descritto dalla giovane studiosa, perciò contrario - nella specie - alle norme di quel diritto canonico, di cui la Dottoressa Lombardi assume essersi inteso fare applicazione; ed un provvedimento superfluo, dinnanzi al disposto degli artt.48, 56 c.1, giacchè pe legge - dato il riconoscimento (art.48), o data l'equipollente dichiarazione giudiziale di paternità (art.56 c.1) - alla prole naturale spetta "lo stato di figlio legittimo" con "tutti gli effetti", non richiedendosi alcun successivo atto dei privati o provvedimento di autorità. La "giurisprudenza più autorevole della Serenissima Repubblica" non aggiunge alcun "dato concreto" alle "considerazioni astratte" che reggono la tesi appassionatamente sostenuta dalla Dottoressa Lombardi.

S.C

GIURISTI PER SAN MARINO

ARTURO CARLO JEMOLO

BREVE MEMORIA PER LA SIGNORA TONNINI

L'oggetto della contesa fu già esposto nella memoria 15 aprile 1936 dei colleghi Lonfernini e Forcellini.

Alla successione del Giovanni Palotta si presenta come parente più prossima (in 3° grado) la zia - sorella uterina della madre - Agrippina Tonnini: vengono poi vari cugini germani, da parte paterna (figli dello zio paterno Vincenzo Palotta) e materna (figli degli zii materni Aldo e Marino Bonelli), parenti quindi in 4° grado. Si tratta di vedere se segua nel diritto sammarinese ciò che seguirebbe nel diritto italiano, ove per il chiaro disposto dell'art.730 c.c. [1865], la rappresentazione nella linea collaterale è ammessa solo in favore dei figli e discendenti dei fratelli e sorelle del defunto, ma non già in favore dei figli e discendenti degli zii, sicchè ove alcuno muoia senza lasciare nè ascendenti nè discendenti nè fratelli o sorelle o discendenti da essi, succede il congiunto più vicino, senza distinzione di linea paterna o materna (art.742). Per il diritto italiano, è ancora da aggiungere, la qualità di sorella uterina della madre del *de cuius* propria all'Agrippina Tonnini, sarebbe stata irrilevante, non solo nel suo concorso con cugini del *de cuius*, ma anche nella ipotesi ch'ella fosse concorsa con altri zii di questi. "Se al defunto sono superstiti fratelli germani del padre o della madre, cioè zii *duplice* [!] *latere*, e fratelli, e quindi zii, unilaterali, non solo i secondi non sono esclusi dai primi, ma neanche quelli conseguono la metà di questi, come avviene nel concorso fra fratelli unilaterali e germani: il riguardo al doppio o semplice vincolo di parentela è nei riguardi dei fratelli (art.740) meramente eccezionale; mentre la regola è che le successioni si devolvono unicamente in base alla prossimità della parentela; e questa regola è da applicare tutte le

* Menzionato nella sentenza del T. Comm. 28 agosto 1938, causa 75/1936, *Giur. samm.* 1963, p.87, questo parere di parte, sollecitato verosimilmente dall'Avv. Teodoro Lonfernini, si conserva nel fascicolo della causa, presso gli uffici del Tribunale Commissariale (il bollo dell'Ufficio del Registro porta la data del 30 agosto 1937). E' un dattiloscritto di dodici pagine numerate; reca integrazioni e correzioni a penna, che mi sembrano autografe; ed è sottoscritto a p.12. Per non imporre ad esso l'apparenza d'un saggio, lascio nel testo i riferimenti bibliografici. Le parentesi tonde () sono di A. C. Jemolo; mentre le parentesi [] sono mie e forniscono equivalenti alle citazioni dello stesso Jemolo, quando non segnalano guasti certi (ad esempio, l'errore polare nel penultimo paragrafo, alla lettera d: "la mancanza ... appare esclusa"). Le parentesi ad uncino <> forniscono indicazioni congetturali di letteratura, cui ovviamente Jemolo attinge; o integrazioni necessarie al dettato jemoliano, personalissimo nella sua compendiarietà. Con lettere corsive in parole italiane correggo riconoscibili errori di dattilografia.

volte, che non sia espressamente derogata dalla legge" (M.T. Zanzucchi, *Le successioni legittime*, Milano, 1927, pg.103).

Nel diritto sammarinese le cose vanno come nel diritto italiano? O, in altre parole, il codice civile italiano (che all'articolo 730 ripete l'art.742 del Codice Napoleone, l'art.663 delle Leggi civili delle Due Sicilie, l'art.936 Codice Albertino; ed all'art.742 ripete l'art.673 delle Leggi civili e l'art.940 Codice Albertino, ed è sostanzialmente conforme all'art.753 capv. del Codice Napoleone, che pure nelle disposizioni sulle successioni degli ascendenti e dei collaterali non ha potuto liberarsi dalla influenza del principio *paterna paternis, materna maternis*, che prevaleva nelle provincie francesi rette a diritto consuetudinario), il codice civile italiano, chiediamo, ha raccolto i principi del diritto comune o vi ha derogato?

Questi i termini della questione: giacchè non è dubbio che, non essendoci negli statuti della Repubblica una disposizione la quale regoli le successioni *ab intestato*, occorre applicare la norma del Libro I, rubr.31 degli Statuti [§ 38], secondo cui, nel silenzio degli Statuti e delle riformazioni, il Commissario deve decidere le controversie in base al diritto comune.

Il merito della questione è però egregiamente trattato nella memoria che viene contemporaneamente prodotta a firma dei colleghi Lonfernini e Forcellini. Qui si vuole soltanto inquadrare, per così dire, la questione, ad eliminare ogni possibile dubbio sulle fonti cui ricorrere per la sua risoluzione.

*

Cosa s'intende per diritto comune? V'è tutta una letteratura sull'argomento, e non a torto si è rilevato che tale espressione "è stata, da italiani e da stranieri, usata con significati disparati e del tutto diversi, se non proprio antitetici" (M. Roberti, *Lodovico Antonio Muratori e il tramonto del diritto comune*, Riv. storia diritto ital., 1936, pg.21).

L'età della reviviscenza del diritto romano per opera della scuola di Bologna suole denominarsi, nel linguaggio consueto, come l'età del diritto comune, perchè il diritto delle compilazioni giustiniane, studiato dalle Università italiane come diritto vigente ed elaborato in armonia dei nuovi bisogni, divenne, come si esprime la Glossa (*nostrum* a Inst. 1,2 *de iure natur.*), il diritto *per excellentiam*, cioè la legge generale, *ius commune*.

L'espressione, che il Solmi avrebbe voluto abbandonare, per sostituirla con quella di diritto medioevale italiano, volta a designare il complesso delle istituzioni giuridiche, quale si trova a fiorire tra il secolo XII ed il XV (A. Solmi, *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma 1937, pg.151), non ha però mai avuto significato di richiamo ad

stabilità e la sua certezza, suscettibile di codificazione; non c'è mai stato un *quid* concreto e costante, diverso dalla legislazione giustiniana, che potesse dirsi corpo del diritto comune. Con la espressione "diritto comune" "si suol designare quel grandioso fatto storico dell'età intermedia, per cui il diritto romano giustiniano, restituito nei suoi testi e posto a fondamento della scienza giuridica per opera della scuola di Bologna, fu considerato come diritto vigente e generale in gran parte d'Europa fino alla pubblicazione delle codificazioni moderne" (F. Calasso, voce *Roma* dell'*Enciclopedia italiana* <XXIX, Roma 1936>, pg.693 [rist. Annali di storia del diritto, 1965, 35]).

Il termine *ius commune*, che nelle fonti romane (frammento di Gaio *Omnes populi* 1.9 D.1,1; Ulpiano in 1.6 D. 1,1) non ha un significato tecnico proprio, presuppone nel territorio in cui vige altri diritti con cui esso viene a trovarsi in contatto: il diritto romano è il diritto comune dell'impero, che per i glossatori era sempre una unità vivente, se pure vi erano ormai dei sovrani *superiorem non recognoscentes* (glossa *Imperio* Lib.Feud. II, 53 *de pace tenenda*). Diritto comune era quindi la *lex generalis omnium*: e questa *lex generalis omnium* era il diritto romano: *quia de quibus causis de iure scripto aliquid non cavetur, communi iure idest Romano vivamus*, scriveva Roffredo Beneventano, *Tractatus ordinis iudiciarii*, p.IV, *de civili actione iniuriarum* <da F. Calasso, rist. *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, 55 n.59>. Per Baldo *ius commune* è lo *ius civile*, *ubi viget eius auctoritas*; dove il diritto romano non estende il suo impero, c'è lo *ius gentium*, che è lo *ius communissimum* (*In Digestum vetus*, I, 1 *De iustitia et iure*, 9 <G. Ermini, *Ius commune e utrumque ius* (1934), rist. *Scritti*, 1976, 8 n.1, 14 n.13>). Di fronte al diritto statuario i glossatori si trovarono in un vero travaglio per riconoscerne la legittimità, per trovare nelle fonti le basi del diritto dei comuni a legiferare; ma per essi il diritto statuario restò sempre diritto particolare, e "diritto comune, rigidamente inteso come l'*unum ius* dell'Impero romano-cristiano, fu il diritto dei testi giustiniane, puramente e semplicemente" (F. Calasso, *Il concetto di diritto comune*, *Archivio giuridico*, vol.XXVII, 1934, pg.85 [rist. *Introduzione*, cit., 62]).

L'età posteriore dei commentatori riconosce incondizionatamente la legittimità degli statuti comunali, prende atto del crollo politico dell'Impero, disputa se la parola *ius* designi solo il diritto romano o anche il diritto statuario, ma tiene sempre fermo che il diritto romano è quello comune, generale, che riprende vigore dove non dispone lo Statuto: *ubi cessat statutum habet locum ius civile* (Baldo, *In Dig.vet.*, I,1,9 n.1), che è appunto la disposizione degli Statuti sammarinesi <§§ 38, 144>. La sconfitta del diritto romano consiste nell'ammettere il pieno valore derogatorio degli statuti, contrastato, ma invano, dalla corrente teoretica che fa capo ad Jacopo d'Arena; e

riconosce ch'essi pure sono suscettibili d'interpretazioni analogiche, fino a che non si oppongono al diritto romano (Alberto da Gandino, *Quaestiones statut.*, n.12, pg.60); ma non solo è pacifico che dove non dispone lo statuto vige il diritto romano, bensì anche che in ogni caso di contrasto fra la legge e lo statuto, questo doveva essere riguardato come di stretto diritto e perciò restrittivamente interpretato (A. Solmi, *Contributi*, cit. ., pg.392 e testi ivi citati).

Bisogna giungere ad un periodo posteriore, al secolo XVI, per trovare usato il termine "diritto comune", a richiamare non il diritto romano, bensì il diritto del principato. Antonio Burgos, nella *Repetitio in c.Canonum statuta, De constitutionibus* [X. 1,2,1], in *Repetitiones in universas iuris canonici partes* II, n.26, ammetterà che possa dirsi comune il diritto di colui *qui non recognoscit superiorem*, come sarebbero i re di Francia e di Spagna.

Ed ancora nella seconda metà del secolo XVII il De Luca indicherà come una particolarità di dati Paesi che s'intenda per "diritto comune" il diritto territoriale e non quello romano: *In Hispania ius commune non est illud Romanorum, iuxta compilationem Iustiniani, sed est illud Partitarum et Recompilationum iuxta ordinationes regias* (*Theatrum*, X, disc.XIII, n.30). E tuttavia anche nel Seicento e Settecento non si dubiterà che il diritto romano sia "diritto comune": *legibus civilibus Romanorum iuris communis civilis ex communi usu nomen tribuitur* (De Luca, *Theatrum*, XV, disc.XXXV, n.20). Fino almeno al Cinquecento diritto comune è il diritto romano, e questo soltanto; dopo, si comincia a distinguere tra il "diritto comune" puro e semplice, ch'è sempre quello romano, e le leggi comuni o diritto comune dello Stato.

Senonchè, bisogna pure aggiungere, il diritto romano comune non è il diritto romano *pure ac simpliciter*, ma il diritto romano, come fu detto argutamente, quale lo vedevano i contemporanei. Osservazione che potrebbe valere per ogni testo di legge, sicchè pure del codice civile oggi vigente in Italia bene si potrebbe dire ch'esso non è il codice civile quale uscì dalla mente e dal pensiero degli autori del 1865, ma qual è costituito anche da interpretazioni ormai tradizionali, da giurisprudenza che non è più possibile scuotere. Ossia il diritto comune è il diritto romano interpretato dalla *opinio communis doctorum*: espressa nelle varie opere, trattati, commenti scolastici e nella giurisprudenza, che costituiva in certo modo la prova del fuoco delle opinioni dei dottori, la prova cioè ch'esse non erano rimaste opinioni isolate di scuole, ma erano state accolte dalla pratica. In questo modo fu possibile integrare il diritto giustiniano, e venire a creare un diritto comune anche in materie, come il diritto commerciale ed il diritto marittimo, per cui la base dei testi romani era la più fragile che sia dato pensare. Ma questa opera d'integrazione era possibile là dove i testi mancavano o erano

impossibile, a meno che non vi fosse contrasto fra il diritto romano ed un altro diritto altrettanto generale, qual era il diritto canonico; e *questo soltanto*, o per la materia intorno a cui verteva la controversia (materia spirituale) o per il foro dinanzi a cui era trattata (foro canonico), poteva prevalere sul diritto romano e modificarlo: dando così luogo al diritto romano-canonico.

*

Richiamati questi principi, si può affermare che non è possibile pensare ad un'applicazione di norme regolatrici della successione *ab intestato* diverse da quelle del diritto giustiniano, in particolare delle Nov.118 e 127.

Invero tali norme non hanno mai potuto formarsi come diritto romano comune, e ciò ben facilmente si comprende da quanto si è detto poc'anzi: che il diritto romano comune altro non fu che il diritto giustiniano, interpretato secondo la *communis opinio* dei dottori, integrato nei punti in cui si palesavano nuove esigenze alle quali il testo giustiniano non poteva soddisfare. Palesamente di fronte alla chiara lettera del testo giustiniano, là dove parla delle persone che succedono *ab intestato*, non era possibile ad alcun interprete di addivenire ad interpretazioni deformanti, nè era consentito secondo i principi e la mentalità dei commentatori di creare una *interpretatio abrogans*. Il parere dei colleghi Lonfernini e Forcellini mostra ad esuberanza che in effetto gli scrittori ritennero sempre vigenti le norme giustiniane sulla successione *ab intestato*.

Può pure ricordarsi Bartolo, che, dopo avere posto come principio generale che *qui mulieres et masculos quantum ad successionem impares iudicat, accusator naturae est* (*Super Inst., de testamentaria tutela*), passando all'esame della regola del diritto positivo, afferma: *qui proximior est in gradu, proximior et potior est in successione, ut C. communia de successioneibus, l. avunculo* [C.6,59,6] (*Tractatus successionis ab intestato*, in *Consilia quaestiones et tractatus*, Venetiis 1590, fol.157); ed altresì: *post fratres et filios fratrum, omnes a latere cognati, secundum gradus praerogativam, ad successionem vocantur in capita, sublata differentia sexus, cognationis, emancipationis et patriae potestatis*, spingendosi la successione fino al decimo grado (*Super Authenticis, coll.IX*, in *Super Authenticis et Institutionibus*, Venetiis 1590, foll.49, 51, 66).

Cuiacio, dove riporta le riforme giustiniane, con l'equiparazione di agnati e cognati, di maschi e di femmine, non accenna a modifiche di sorta che abbiano subito tali norme (al tit.LVII del lib.VI del C. *de legitimis heredibus*, in Iacobi Cuiaci *Opera postuma* IV, Parigi 1617, col.931 segg.).

Donello insegna che ove non si danno fratelli nè sorelle nè loro

grado più remoto a succedere in luogo del proprio padre defunto: e ricorda le riforme giustiniane, senza accennare minimamente ad una deroga ch'esse abbiano subito (*Commentaria de iure civili*, in Hugonis Donelli *Opera omnia*, Lucca 1763, t.II, col.1159, 1147).

Nei secoli XVI e XVII tutti sapevano che pel diritto romano (che, per dirla col De Luca, *Summa sive compendium* alla parte II del lib.XI del *Theatrum veritatis et iustitiae* nn. 1, 16, 17, aveva vigore *ubique, in terris etiam Ecclesiae atque in ecclesiastico foro*), allorché non ci fossero nè fratelli (o sorelle) nè discendenti di questi, *indefinita est successio, sola gradus proximitate attenta, ideoque patruus vel avunculus consobrinum excludit, vinculi unicitate vel duplicitate non curata, usque ad decimum civilem gradum*: oltre il decimo grado la parentela non procedeva, e subentrava la moglie; non esistendo questa, il fisco.

A termini del diritto romano come conosciuto dagli interpreti in qualsiasi momento, dal medioevo in poi, nessun dubbio sul diritto del parente più prossimo a succedere, anche se di sesso femminile, anche se parente unilaterale.

In mancanza di una generale riforma del diritto romano (che, ripetersi, era inconcepibile là dove si dava un chiaro testo, e comunque non si è mai verificata), l'esclusione del parente più prossimo, perché di sesso femminile, o perché parente unilaterale, avrebbe potuto essere il portato di uno statuto locale. Ma questo è pacifico che non si è verificato per gli Statuti di S.Marino; essi hanno disposizioni in materia successorie (Lib.II, rubr.61-64 [§§ 450-456]), e disposizioni derogatorie al diritto giustiniano. Notevole la rubr.64 [§ 456], con la sua frase: *imitantes quod per Italiam observatur pro communi et publico bono*, da cui appare che gli autori degli Statuti non pensavano affatto - come non pensava alcun loro contemporaneo - ad un diritto generale vigente in Italia diverso dal diritto romano, bensì ritenevano che volendo imitare disposizioni largamente diffuse in statuti di città italiane, occorresse una norma a sé, che non aveva carattere di richiamo di altre norme, bensì si limitava ad *imitarle*, pure restando giuridicamente autonoma. Dove gli Statuti non dispongono, sono le norme del diritto romano, quelle che restano in vigore.

Non può neppure pensarsi ad un diritto comune territoriale. A parte ogni indagine sulla formazione della norma statutaria del Lib.I, rubr.31 [§ 38], diretta a vedere se questa sia di un'epoca anteriore al formarsi del concetto di diritto comune territoriale, che, come si è visto, non si ritrova che col secolo XVI, sta:

a) che non c'è mai stato un diritto territoriale, di principato o di regione, vigente in S.Marino, ch'ebbe sempre sovranità, e che non conobbe che il diritto romano comune (cioè il diritto giustiniano nella interpretazione dei dottori), il diritto canonico ed i propri statuti, detti

b) che in questi ultimi non c'è traccia di questo concetto di un diritto di un più ampio territorio, di cui S.Marino sarebbe parte, e che in S.Marino avrebbe vigore;

c) che all'opposto negli statuti appare chiaro che il diritto comune è solo quello romano, sicché allorché si fa ricorso al canonico - ad esempio, per la computazione dei gradi di parentela e di affinità (Lib.I, rubr.4 [§ 7], 12 [§ 16], 16 [§ 21], <Lib.II, rubr. > 60 [§415]; Lib.IV, rubr.1 [§ 665]), nelle norme del Lib.II, rubr.34 [§ 282] - questo è indicato espressamente. Il diritto comune - Lib.II, rubr.2 [§ 95], 6 [§ 144] (contrapposto allo statuto ed al diritto municipale), 7 [§ 159] (con richiamo a precisa norma del diritto giustiniano <C.6,33,3>), 40 [§ 319]; Lib.III, rubr.74 [§ 651] (richiamo implicito nella locuzione *legalibus poenis subiacere*), rubr. 1 [§ 489] (<dov'è anche un> richiamo implicito nella menzione dei *legitimi modi procedendi*) - è sempre il diritto romano; indifferentemente si parla di diritto comune e di diritto civile (contrapposto al canonico, con una contrapposizione ch'è onnicomprensiva): Lib. II, rubr. 74 [§§ 476, 485];

d) che la mancanza [!] di un diritto territoriale, intermedio tra quello municipale o statutario e quello romano, appare esclusa [!] altresì dal Lib. VI, rubr. 42 [§ 819], dove si prescrive che nei casi <di responsabilità civile> non previsti dagli statuti i Capitani abbiano a procedere per analogia, adattando i casi determinati dagli statuti a quelli non determinati: la disposizione non si riscontrerebbe, se si desse un diritto territoriale che fosse la norma complementare per supplire le lacune del diritto municipale;

e) che, infine, non si sa quale sarebbe il diritto territoriale, vigente alla formazione degli statuti, che avrebbe derogato alle norme giustiniane.

Da questi argomenti logici appare certo il diritto della Tonnini, erede a termini del diritto giustiniano; il parere dei colleghi Longhini e Forcellini dà poi la positiva conferma che in tale senso è la soluzione della dottrina e dei precedenti giurisprudenziali.

Istituto Giuridico Sammarinese

Consiglio di Presidenza:

Avv. Alvaro Selva, Presidente
Prof. Giovanni Gualandi, Vice-Presidente
Prof. Severino Caprioli
Avv. Pietro Chiaruzzi
Dott. Lamberto Emiliani
Avv. Luigi Lonfernini
Avv. Giuseppe Micheloni
Prof. Piergiorgio Peruzzi
Avv. Virginio Reffi
Dott. Salvatore Sesta
Dott. Francesco Viroli, Direttore

Hanno collaborato nella redazione di questo fascicolo della Miscellanea la Signora Loredana Ciacci, Segretaria dell'Istituto e la Signorina Monica Felici. A loro il Consiglio di Presidenza rivolge un cordiale ringraziamento.

*Segreteria dell'Istituto Giuridico Sammarinese:
Via Salita alla Rocca - 47031 San Marino
Tel. 0549-990338*