

*GIURIDICO  
SAMMARINESE*

M  
I  
S  
C  
E  
L  
L  
A  
N  
E  
A

*Atti della Scuola Sammarinese di Diritto Comune vigente*

*Indirizzi di saluto*, pronunciati il 7 maggio 1992  
dal Deputato alla Pubblica Istruzione e Cultura ed alla Giustizia, Dottoressa  
Emma ROSSI p. 5  
dal Presidente dell'Istituto Giuridico Sammarinese, Avvocato Alvaro SELVA p. 9

Severino CAPRIOLI, *Il diritto comune nello statuto sammarinese vigente. Problemi e prospettive dinnanzi alla Dichiarazione dei diritti* p.13

Adriana CAMPITELLI, *Lo statuto sammarinese nel sistema del diritto comune* p.35

*Saggi*

Cristoforo BUSCARINI, *Gli organi della giurisdizione nell'ordinamento di San Marino* p.79

Severino CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi sul consilium sapientis nel sistema sammarinese* p.109

*Giuristi per San Marino*

Pietro COGLIOLO, *Memoria conclusionale per la causa Giacomini 1911* p.127

ATTI DELLA SCUOLA SAMMARINESE  
DI DIRITTO COMUNE VIGENTE

EMMA ROSSI

Deputato alla Giustizia

Con il quarto corso di diritto comune vigente la scuola affronta un tema, nel quale convergono molti fra i problemi salienti della esperienza giuridica odierna.

Viviamo noi cittadini sammarinesi, come del resto tutti gli europei, una transizione laboriosa, fra certezze consolidate ma non più appaganti ed assetti sociali dai contorni non ancora definiti. Le comunità nazionali europee avevano raggiunto, attraverso prove impegnative, equilibri che ora si rivelano precari. Un grande progetto aveva regolato le vicende, da cui risultarono gli Stati, divisi e contrapposti fra loro da quello stesso ideale che unico rappresentava le aspirazioni dei popoli. La stessa figura dello Stato nazionale, così come si è realizzata nel vecchio continente, ha affermato e quasi esaurito le sue ricche potenzialità. E' forse questo il paradosso d'Europa, chiaro ormai a chiunque rifletta non soltanto sugli eventi più clamorosi, ma sulle profonde linee di tendenza che da essi sono emerse.

Le costituzioni che gli Stati avevano potuto darsi rispecchiavano istanze profonde: riponendo la sovranità nel popolo, proclamavano come inviolabili i diritti della persona e indirizzavano ogni manifestazione del potere pubblico alla tutela di quei diritti. Radicando la sovranità nel popolo, con la volontà di questo identificavano la legge. La vita interna degli Stati e le relazioni fra gli ordinamenti obbedivano a postulati fra loro coerenti: statualità del diritto, sovranità dello Stato.

Ognuno vede che non soltanto le aspirazioni degli individui e dei popoli, ma addirittura lo svolgersi degli eventi si avviano a falsificare quei postulati. L'indipendenza degli Stati sovrani ha ceduto spazio a relazioni stabili che la limitano incisivamente. Le norme che regolano l'attività dei privati trovano la loro fonte, in materie sempre più ampie, al di là dello Stato.

L'orizzonte dello studio del diritto si allarga in una indagine che deve superare i confini stessi dello Stato, ricercando nel confronto che si è imposto, non solo gli aspetti originari, particolari,

ma il dato che più accomuna quel popolo, la cui volontà si fa legge, la cultura stessa dello Stato.

Nell'Ordinamento Sammarinese attuale non è un caso che la Giustizia e la Cultura siano state raggruppate. E' una singolare coincidenza che caratterizza singolarmente l'Amministrazione pubblica sammarinese. In altri Paesi si vedono irragionevolmente e da troppo tempo scissi i due campi, quasi a significare che diritto e cultura siano estranei fra loro, mentre il diritto di un popolo è un aspetto coesistente della sua cultura. Se ciò è vero in ogni paese, lo è in grado maggiore a San Marino, in un ordinamento che dagli altri si distingue non solo per essere l'espressione autentica di una nazionalità, ma anche per esserne il mezzo elettivo attraverso cui si esprime maggiormente l'originalità di uno Stato Sovrano.

Per queste ragioni l'aver unito la responsabilità politica per l'amministrazione della cultura, a quella del diritto supera il senso di una casuale, temporanea coincidenza; lasciando invece spazio a nuovi auspici, e vorrei aggiungere ad un preciso impegno: quello di attuare un più stretto collegamento fra l'Istituto Giuridico e altre autorevoli istituzioni culturali sammarinesi, capaci di promuovere e innalzare ulteriormente il ruolo dell'Istituto Giuridico quale Centro di Studio, di ricerca nonché di agente di Cultura. Di ciò noi tutti sentiamo un autentico bisogno.

E' dunque per queste considerazioni che colgo con piacere l'opportunità di porgere il saluto del governo e mio personale a tutti i partecipanti a questo quarto Corso di diritto comune vigente, voluto e organizzato dall'Istituto Giuridico Sammarinese.

Uno speciale saluto rivolgo al prof. Giorgio Lombardi, oggi qui nella sua veste di studioso. Ma non posso neppure ignorare che egli è autorevole membro del Consiglio Superiore della Magistratura, dell'organo che la Costituzione italiana ha previsto come la più incisiva garanzia per quel valore costituzionale irrinunciabile che è l'indipendenza dell'ordine giudiziario. Devo pure ricordare che il prof. Lombardi è membro del Consiglio di Amministrazione del Consiglio Nazionale delle Ricerche e Presidente del Comitato di consulenza per le scienze giuridiche e politiche. Devo anche ricordare che il Consiglio Nazionale delle Ricerche volle contribuire al finanziamento del primo corso di questa scuola. Dal secondo corso in poi l'Istituto ha provato a fare da sé, ma confido che più strette, stabili relazioni - credo superate da quelle di finanziamento - possano stringersi con il Consiglio Nazionale delle Ricerche. La presenza del prof. Giorgio Lombardi induce alla più fondata fiducia.

Al prof. Eugenio Cannada Bartoli, al prof. Umberto Santarelli e alla prof. Adriana Campitelli più che un saluto, spetta un cordiale "Bentornati". I sammarinesi riconoscono in loro i maestri dal cordiale ed inesorabile rigore, e si aspettano dalla loro cultura giuridica il dono della critica.

Anche al signor Giudice delle Appellazioni civili, prof. Corrado Pecorella, un cordialissimo e particolare saluto.

Così come un particolare ringraziamento al prof. Severino Caprioli, membro dell'Istituto Giuridico Sammarinese, infaticabile organizzatore dei corsi, per l'entusiasmo e la costante sicura dottrina con cui si fa carico di sostenere tutte le iniziative della Scuola.

A tutti gli altri partecipanti a questa rinnovata esperienza della Scuola di Diritto comune vigente, il più fervido augurio di un buon lavoro.

ALVARO SELVA

Presidente dell'Istituto Giuridico Sammarinese

Abbiamo ascoltato con interesse le parole che il Deputato ha voluto indirizzare all'iniziativa dell'Istituto Giuridico e alle persone che hanno dato vita a questa importante iniziativa.

Anche io sono dell'opinione che l'attuale assetto, che vede riuniti il Dicastero della cultura con il Dicastero della giustizia, possa rappresentare indubbiamente un elemento non di casuale compromesso politico, bensì un aspetto di sicura e valida prospettiva anche per il nostro Istituto Giuridico. Del resto la legge istitutiva dell'Istituto, anche nella sua recente riforma, ha posto l'accento sulla necessità di un collegamento, di uno stretto collegamento della nostra istituzione con l'università sammarinese. In particolare il nostro auspicio è quello che l'Istituto Giuridico, che ha dato in questi anni un grosso contributo alla ripresa dello studio del diritto sammarinese, dopo anni di assopimento, possa autorevolmente collaborare ed entrare all'interno dell'istituzione universitaria, per proseguire una ricerca ed uno studio che hanno risvegliato la cultura giuridica sammarinese. Mi associo in tale spirito, a nome del Consiglio di Presidenza dell'Istituto Giuridico, alle espressioni di saluto agli illustri ospiti già formulate dal Deputato.

Oggi prende l'avvio il 4° corso di diritto comune vigente; il 27 agosto del 1990 aveva inizio il 1° Corso di diritto comune sammarinese. In quella occasione il corso fu inaugurato dal Segretario di Stato agli Affari Esteri Gabriele Gatti e dall'allora deputato alla Pubblica Istruzione e Cultura la dott.ssa Fausta Morganti. Entrambi formularono in quella occasione alcune considerazioni interessanti. Il Segretario Gatti così si esprimeva: ".....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 lacerato". Il Segretario Gatti, che in quel momento si trovava alla presidenza del Consiglio

\* Discorso pronunciato il 7 maggio 1992 nella sala della Biblioteca di Stato.

d'Europa, sottolineava il ruolo che la nostra Repubblica nel campo del diritto poteva svolgere in un contesto internazionale ed in particolare nel contesto europeo, per un richiamo a quelle che sono le fonti più autorevoli del diritto europeo, proprio perchè questo potesse rappresentare un elemento di unificazione, un contributo valido che nel contesto internazionale la Repubblica di San Marino poteva dare.

Le stesse espressioni usava la dott.ssa Morganti, la quale sottolineava come il richiamo al passato e quindi il richiamo alla storia ed alle fonti del nostro diritto non rappresentava per la Repubblica di San Marino puramente e semplicemente un fatto culturale, fine a se stesso, ma rappresentava invece qualcosa di concreto e di valido, perchè era materia che veniva ancora applicata quotidianamente nella prassi del diritto della Repubblica di San Marino. Entrambi gli intervenuti auguravano alla iniziativa un buon successo; direi che entrambi i relatori in quell'occasione sono stati buoni profeti. Dopo il primo corso di diritto comune, abbiamo avuto il secondo ed il terzo e oggi stiamo inaugurando il quarto corso di diritto comune.

San Marino doveva darsi questa scuola, perchè come ho avuto occasione di dire in precedenza, per troppo tempo la cultura del diritto sammarinese era rimasta assopita. E ciò aveva creato anche nella prassi giudiziaria alcuni inconvenienti, primo fra i quali la sempre maggiore applicazione di norme estranee al nostro diritto. E quindi quelli che erano i valori di fondo della cultura giuridica sammarinese venivano gradatamente abbandonati. La nostra scuola ha il merito di risvegliare questo senso della cultura del diritto sammarinese, non come un diritto morto, ma come un diritto ancora vivo, un diritto che ha ancora la capacità di essere applicato tutti i giorni. Non solo, ma il Diritto Comune può essere una scuola, un esempio e una base anche per altre culture giuridiche, che sono state profondamente segnate dalla codificazione. E questa scuola rappresenta un incontro di menti fertili, di persone che hanno a cuore questo tipo di cultura giuridica e che insieme confrontandosi scoprono valori e sono capaci di riproporli come momento vivente, come momento di prassi giuridica quotidiana. Proprio per queste considerazioni, l'Istituto Giuridico Sammarinese provvederà a che questo corso possa continuare. Abbiamo oggi la presenza di illustri studiosi, le nostre conoscenze si arricchiscono quotidianamente e pensiamo che anche in futuro questo possa ulteriormente verificarsi.

Quindi, auguro un buon lavoro a tutti i partecipanti. Il corso sarà illustrato in maniera molto più precisa dal prof. Caprioli al quale vado a cedere la parola.

Grazie a tutti.

SEVERINO CAPRIOLI

IL DIRITTO COMUNE NELLO STATUTO SAMMARINESE  
VIGENTE.  
PROBLEMI E PROSPETTIVE DINNANZI ALLA  
DICHIARAZIONE DEI DIRITTI

Una premessa. 1. Significato moderno di costituzione. Il paradigma francese del 1789. Codificazione e costituzione. 2. Accezione premoderna di *costituzione*. In quale senso San Marino abbia sempre avuto costituzione. 3. Sistema sammarinese odierno, tra statuto, diritto comune, Dichiarazione del 1974. 4. Costanti nelle esperienze europee del vecchio regime. Rappresentazioni del diritto comune, del diritto proprio. Il tornante del 1906 nella vicenda costituzionale sammarinese. Il *legiferare alla moderna*. 5. Linee della costituzione sammarinese storica. 6. Alcuni problemi sammarinesi di sistema. 7. Il programma dell'Istituto Giuridico Sammarinese.

Conviene tentare qualche risposta ragionevole - non *una* risposta, e non consuntiva - a certe domande; le quali possono avere *spunto* sammarinese, ma non di meno riguardano gli italiani e gli europei, perchè nella cultura europea hanno radici profonde. Su una tale singolarità della Repubblica mi sono soffermato altre volte<sup>1</sup> - e come del resto sapete, in questa singolarità è racchiusa la materia che per legge compete all'Istituto Giuridico Sammarinese (art. 2 L. 26 novembre 1986 n. 144) e che di fatto denota la Scuola di diritto comune vigente-. Per vedere chiari alcuni lineamenti che definiscono la vostra repubblica oggi, come sempre conviene guardare San Marino dall'ambiente europeo ed italiano, al quale appartiene la Repubblica. La prima domanda può enunciarsi così: perchè nell'esperienza degli

\*pagine introduttive al quarto corso di diritto comune vigente, distribuite fra i partecipanti. Vengono aggiunte qui le note indispensabili.

<sup>1</sup> programma *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, in questa *Miscellanea* 1, febbraio 1991, p. 15 ss.; e cfr. già *Autonomia ed eteronomia nel diritto delle imprese*, nel volume *La legislazione societaria sammarinese*, Rimini 1990, p. 18ss.



europei siano state connesse fin dall'originario affermarsi le istanze di costituzione e di codificazione - e come la statualità del diritto abbia originariamente escluso ogni limite del potere legislativo, ciò poi compensandosi con la rigidità delle costituzioni.

Alcune fra le risposte possibili tenterò di proporvi, ma soprattutto vi segnalerò questioni - e progetti di lavoro -. Una miriade di problemi si affastellano: costituzione risalente di questa repubblica e costituzione vigente; codificazione e diritto comune, vale a dire tradizione romanistica; limiti interni delle funzioni pubbliche, in specie della legislazione.

Di un problema non farò cenno, che è il primo, ed incombe sulla cultura italiana più ancora che su quella sammarinese, giacché in Italia si manifesta nella sua forma più clamorosa e meno facilmente suscettibile di soluzione semplice - anche nella scuola di Diritto comune vigente è necessario cominciare a riflettere su di esso<sup>2</sup>. - Il problema raccoglie in sé tutti gli altri; e si riduce a quel tratto che sembra *connotare* il diritto in generale. La parola che per convenzione lo designa è *continuità*. Quando fossimo riusciti a chiarire quel problema, vedremmo che il carattere di continuità non tanto connota, quanto piuttosto *denota* il diritto - e nulla ha in comune con le molteplici ideologie reazionarie che amano innalzarlo come la propria bandiera -. Il fatto della continuità può risultare dall'analisi attenta degli ordinamenti - ed in questo senso la parola *continuità* è impiegata come propria dal legislatore sammarinese nel preambolo alla L. 8 luglio 1974 n. 59<sup>3</sup>; in problema si tramuta, dove lo si percepisca per valore, e funga da limite connaturale al potere normativo, postulandosi per esso una sorta di iperconstituzione. Modello in significato assiologico, da modello - struttura quale innegabilmente è (qui però non intendo toccare punti sottili di teoria).

Ma sopra un punto devo richiamare subito la vostra attenzione. Il tratto della continuità non soltanto induce a rimeditare certi *valori strumentali*<sup>4</sup>, ma guida verso una lettura serena delle vicende cui vanno

<sup>2</sup> Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente, cit., p. 18s.

<sup>3</sup> "... al fine di garantire al popolo sammarinese l'ulteriore progresso civile, sociale e politico nella continuità della vita dello Stato e delle sue istituzioni fondamentali...".

<sup>4</sup> vedo ancora neglette, con grave danno, le osservazioni di A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere* 11 (XVIII), 1932-1933, § 16 (ed. V. Gerratana, Torino 1975,

fisiologicamente soggetti gli Stati democratici: il carattere di continuità che denota il giuridico - ponendolo come riduzione di ogni vicenda al suo schema - lo rende indifferente rispetto alle variazioni del politico, e consente diagnosi della realtà non disturbate dalla risonanza degli episodi. Non è poco. Ai sammarinesi può accadere - e spero non avvenga - ciò che per solito accade agli italiani: distratti dai profili episodici (anche se talvolta marcati) delle proprie vicende, ignorare quanto rende istruttiva la loro esperienza per chiunque.

1. Perché nell'esperienza degli europei siano state connesse fin dal loro primo affermarsi le istanze di costituzione (formale) e di codificazione - e come la statualità del diritto abbia escluso ogni limite del potere legislativo, ciò poi compensandosi con la rigidità delle costituzioni -. Del resto un "programma di costituzione e legislazione" insieme fu il principio di nazionalità<sup>5</sup>; che pure avrebbe potuto enunciarsi: ad ogni popolo il suo ordinamento; e congiungendosi in varia maniera i tratti dell'elementistica elaborata dai giuristi (popolo, territorio, organizzazione): ad ogni popolo il suo territorio, dove governarsi indipendente e svolgere la propria esperienza disciplinandola. Soltanto oggi appaiono evidenti le molte aporie cui inevitabilmente condusse quel programma ambizioso. E dal punto di osservazione in cui ci troviamo oggi sarà istruttivo un inventario analitico dei paradossi europei sulla svolta *da un secolo all'altro*<sup>6</sup>.

Se meritano considerazione prudente gli intendimenti dichiarati - e se in terra di diritto comune è legge la parola di Gaio: "cuiusque rei potissima pars principum est" (D.1, 2, 1) -, dobbiamo rifarci dai programmi che vennero posti all'inizio di quella esperienza europea, cioè dagli atti che segnarono l'estinzione del *vecchio regime* in Francia. Una semantica del linguaggio normativo risulterà da una

p. 1408; e già nel Q. 8 [XXVIII], 1931-1932], § 171, p. 1043s.). Cfr. il programma *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, cit., p. 19 e n. 11.

<sup>5</sup> *Autonomia ed eteronomia nel diritto delle imprese*, cit., p. 19 e n. 34. Da prospettive e con estivi diversi GASTUTI, *Relazione della commissione per lo studio dei problemi istituzionali dell'ordinamento sammarinese*, Roma 1972, p. 19; e già il "Code Napoléon" in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori (1969), rist. negli *Annali di storia del diritto* 1970-1973, p. 10ss.

<sup>6</sup> potrà distoglierci dal muovere passi affrettati.

sommatoria analisi. Consapevoli del contesto cui ineriva ogni parte dell'antico insieme di norme, il *corpus* delle norme vigenti fino ad allora quale diritto comune (const. *Summa* 3: "Sciant omnes [...] nullatenus eis licere de cetero constitutiones ex ueteribus [...] codicibus [...] in cognitionalibus recitare certaminibus, sed solis [...] nostro codici insertis constitutionibus necesse esse uti"), gli europei videro i loro codici come insiemi di precetti, caratterizzati così dall'essere esclusivi come dal ricondursi ad una sola autorità. Unicità della norma ed unicità della sua fonte non saranno tratti inevitabilmente connessi, ma di certo risultano storicamente congiunti.

Tolta ogni distinzione fra i soggetti, fatti liberi ed uguali tutti i membri della collettività (*Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino*, 26 agosto 1789, artt. 1 ["Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti"], 6 ["... Tutti i cittadini essendo uguali agli ... occhi (della legge)"]), le norme non potevano obbligarli se non volute (art. 6 ["La legge è l'espressione della volontà generale"]), anzi formalmente deliberate dall'organo che rappresentava i soggetti. Pure qui lo schema era tolto paradossalmente da C. 5,59, 5, 2: "... ut quod omnes similiter tangit ad omnibus comprobetur": regola enunciata *obiter* da Giustiniano, aveva dato forma a tutte le esperienze medievali di autogoverno; ed ancora si legge l'art. 6 della *Dichiarazione* ("Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla (...) formazione <della legge>"). La collettività del resto si organizzava nelle proprie funzioni elementari; e queste indirizzava alla "conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo" (art. 2 ["Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo"]). L'antica *diuisio* fra *ius publicum* e *ius priuatum* (Inst. 1, 1, 4; D. 1, 1, 1, 2 Ulpiano; D. 2, 14, 38 Papiniano) si radicava più a fondo, diveniva attribuzione di competenza normativa. L'originaria uguaglianza degli uomini, loro prerogativa (art. 1), restando indifferente ad ogni vicenda ("... nascono e rimangono..."), si faceva "imprescrittibilità" delle situazioni elementari (art. 2, che pure enunciava i tipi di queste: libertà civile appunto, e proprietà, e sicurezza, e libertà pubblica ["... diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo (...) sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione"]).

Il fine del vivere in *società* era lo stesso "esercizio dei diritti" spettanti a "ciascun uomo"; il mezzo era la ponderazione di questi diritti, sì che "il godimento" ne fosse "assicurato" a tutti. Ponderazione dice composizione, determinazione del limite funzionale all'esercizio.

Qui risaltavano insieme la funzione della "legge" (art. 4), l'esclusiva competenza di questa all'assemblea rappresentativa dei consociati (art. 6), la legittimazione per ciascuno di costoro al procedimento formativo di essa (ancora art. 6). La funzione della legge ne segnava il limite, dovendo la legge rendere compatibili le libertà spettanti a tutti i consociati, perchè uguali (art. 1), impedendo a *ciascun uomo* tutte e solo "le azioni nocive alla *società*" (art. 5), e perciò introdurre eventualmente le sole "distinzioni sociali" confacenti all'*utilità comune* (art. 1). Stretta legalità dei limiti a quella libertà ed uguaglianza, che gli uomini acquistavano con il solo fatto della nascita; ed in positivo, protezione delle aspettative di un singolo verso contegni altrui, soltanto se questi fossero ordinati dalla legge (art. 5 ["... Nessuno può essere costretto a fare ciò che <la legge> non ordina"]). Nella tensione fra *ciascun uomo* e *società* acquistava significati più larghi, e si faceva più incisiva, la stessa *diuisio* antica fra *publicum* e *priuatum*.

Come limite all'"esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo", segnato dalla "volontà generale" (art. 6) per "assicurare ad ogni altro membro della società il godimento di questi medesimi diritti" (art. 4), la legge era "uguale per tutti, sia che proteggesse sia che punisse" (art. 6); di là da essa, il campo indeterminato nel quale si espandeva la naturale libertà del singolo, dove ogni uomo "poteva fare tutto ciò che non nuocesse ad altri" (art. 4). Le prerogative del singolo trovavano la propria radice nell'organamento della società, il diritto privato nella costituzione.

Esclusività e statualità ed unicità della legge dicevano pure infatti costituzione. Come la parola *codice* veniva ricondotta e piegata ad un'accezione pregnante, generale - e diceva legge unica ed uguale, cui tutti i singoli erano soggetti indistintamente nelle relazioni fra loro -; così *costituzione* diceva non più il mero organizzarsi della collettività, il suo comporsi di fatto in organi fra loro cospiranti (ricorderete il ragionare incalzante di Baldo sul *regimen* di ciascun *populus*, che era il fatto dell'organizzarsi<sup>7</sup>, un fatto di per sé normativo). In tal senso ogni aggregato umano, visto per antica metafora come un corpo, aveva la propria costituzione (conoscete la fortuna di questa metafora nell'organicismo dei giuristi italiani di corte; ricordate le pagine di Alfredo Rocco, programma di legislazione e di amministrazione tra il

<sup>7</sup> F. CALASSO, *Medio evo del diritto* I, Milano 1954, p. 500s.

1925 ed il 1945, non soltanto nel regno d'Italia<sup>8</sup>. Qui l'accezione passava dalla genericità alla specificità; e *costituzione* valeva soltanto come insidenza delle funzioni pubbliche in organi antagonisticamente composti, mezzo per il fine di garantire ai singoli la difesa delle loro posizioni soggettive: *garanzia dei diritti e separazione dei poteri* (art. 16 ["Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, nè la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione"]). Ed esclusione di ogni potere pubblico, individuale o plurisoggettivo, che non promanesse direttamente dalla stessa *associazione politica* (art. 2); *sovranità della nazione* (art. 3 ["Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione. Nessun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa"]). Qui un'altra parola antichissima, che aveva designato per secoli tutto ciò che attenesse alla collettività, contrapposto a quanto spettava ai singoli, acquistava un significato specifico: dall'antica e medievale *res publica*, indifferente al riparto delle funzioni, si giungeva alla *repubblica* (non fu necessario scrivere questa parola nella *Dichiarazione*), a quella forma dell'*associazione politica*, nella quale ogni autorità emana espressamente dai consociati, dalla *nazione* (art. 3), non potendo spettare a soggetti individuati per altra via - fosse pure per investitura divina -. Ciò visto, sarà poi facile intendere come abbia potuto verificarsi e protrarsi tanto a lungo un fatto, che pure a San Marino constatiamo: l'esistenza di ordinamenti particolari, altamente organizzati senza una propria costituzione formale. Quel fatto non potrebbe intendersi al di fuori di una rappresentazione del mondo, che riconosca nel potere pubblico il connotato di un'autorità divina.

Risulta così, per via di mera analisi delle implicazioni, come al formarsi degli Stati - che mi ostino a qualificare moderni - *codificazione* dica pure *costituzione*, e *costituzione formale*. Ed a sua volta *costituzione formale* dica atto costitutivo, non più soltanto *costituzione* - situazione. Giacchè non può darsi potere che non si radichi nei soggetti (nella *nazione*), da un atto dell'assemblea che li rappresenta sono disciplinati l'attribuzione dei poteri pubblici, le modalità di esercizio ed i limiti. Sappiamo come il trasferimento dei poteri pubblici dal *populus Romanus* al *princeps* venisse fabulosamente rappresentato nei testi giustinianei, che tutti leggevano e

<sup>8</sup> A. ROCCO, *La dottrina politica del fascismo* (1925), rist. in R. DE FELICE, *Autobiografia del fascismo. Antologia di testi fascisti. 1919-1945*, Bergamo 1978, pp. 285-306.

chiosavano (D. 1, 4, 1 pr.; C. 6,23,3), trovandosi in essi la ragione di quel fatto che era l'esercizio dell'*imperium* (costruzione in senso proprio). Ora il trasferimento dei poteri pubblici dalla *nazione* a suoi membri si poneva come una fattispecie, come un evento esso stesso disciplinato, non un mero fatto normativo; e bisognoso di prova. Dire *costituzione* era dire *costituzione formale*. E *costituzione formale* tendeva ad essere - e sarà poi nel prosieguo della storia europea - *costituzione rigida*, attribuendosi la funzione legislativa ad un organo collegiale rappresentativo della nazione (art. 6), ma pure fissandosi con la funzione i limiti della legge (art. 5s.). Poco interessa il fatto che non si provvedesse ad organizzare un formale sindacato di costituzionalità (a meno che pure questo voglia intravedersi nel *référé législatif*).

2. Riconsiderando queste esperienze europee, al fine di chiarirci le vicende costituzionali di San Marino, avremo bisogno di delineare una puntuale *storia semantica* - per usare parole di Enrico Redenti, e seguire quel suo "metodo socratico di muovere dai valori (espressivi) volgari e risalire per gradus fino al limite empirico dell'"opinione vera" circa le cose"<sup>9</sup> -, ben consapevoli che queste variazioni di significato non sono vicende di parole, ma storia di popoli e storie di individui.

Conviene intanto proseguire, alla ricerca non di *etimologie*, ma di accezioni storicamente determinate, circolanti in luoghi e fra gruppi di persone individuabili. Chiudendo forse un'età, il giurista europeo nella cui opera si era riflessa più nettamente e meno retoricamente la *crisi dello Stato moderno*<sup>10</sup>, risaliva alla formulazione da cui si era rifatta per secoli numerosi l'esperienza degli europei, e dava inizio a certi suoi *Principi di diritto costituzionale generale*:

"Per costituzione si intende un ordinamento della città riguardo alle magistrature, al modo di distribuirle, la attribuzione della sovranità, la determinazione del fine di ciascuna associazione. Invece le leggi sono fondamentalmente distinte dalla costituzione, in quanto hanno solo per fine di prescrivere ai magistrati norme per esercitare l'impero e punire i trasgressori".

<sup>9</sup> E. REDENTI, *Postilla a Breve storia semantica di "causa in giudizio"* (1961), in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo II*, Milano 1962, p. 215.

<sup>10</sup> per intendere il saggio romaniano del 1909 e molte altre cose ancora, S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano* (1972), rist. nella raccolta *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano 1974, pp. 21-61.

Avete riconosciuto in veste italiana il *maestro di color che sanno*, il grande empirico Aristotele (so che voi non lo farete responsabile degli aristotelismi più uggiosi). Campeggia sulla prima pagina di Romano<sup>11</sup>. Costituzione è una metafora biologica di doppio grado e lunga tradizione, tanto nel senso descrittivo, od analitico, quanto nel senso valutativo od assiologico. Come ogni vivente ha una propria costituzione, dal suo interno organizzandosi, cioè producendo strumenti e atteggiando modalità di vita; così ogni società, in quanto si articola in organi, fra loro inscindibilmente connessi. Ricordate come nella retorica di un abile patrizio romano il significato descrittivo si tramutasse in senso precettivo (trovate lo schema nell'orazione pronunciata da lui contro la *seunctio* degli *humani artus* in L.A. Floro<sup>12</sup>). Una semantica di *corpus* nell'impiego dei giuristi, condotta con acribia redentiana, metterebbe in chiaro molte e gravi aporie. Quel programma di rinnovamento, che fu la *Dichiarazione* del 1789, compì il trapasso dall'accezione descrittiva all'accezione assiologica di *costituzione*, con il negare che potesse considerarsi come un *corpus* - e perciò "avere costituzione" - una società in cui mancassero la difesa giurisdizionale delle posizioni soggettive dei privati, e l'attribuzione dei poteri pubblici ad organi fra loro distinti (art. 16). Affermando insomma che non può pensarsi uno Stato, che non sia Stato di diritto. Da un tale accezione assiologica si svolge quella odierna, esclusivamente normativa. Per essa, *costituzione* è una legge fondamentale, che ripartisce le funzioni pubbliche; e si distingue per un grado di vigore più stringente che quello di ogni altra norma: tende a porsi come rigida, vale a dire come legge la cui vicenda è sottratta alla disciplina che regola le vicende delle norme ordinarie. Le quali trovando fondamento nella *costituzione*, a questa si conformano e non potrebbero non conformarsi. Una *costituzione*, in questo senso, non redatta in scrittura sarebbe forse pensabile; ma poco probabile, perchè ne risulterebbe il controllo della sua osservanza, in specie il vaglio della conformità ad essa delle leggi ordinarie.

Come ogni ordinamento, come in specie ogni ordinamento cittadino fiorito nei secoli di mezzo, anche la repubblica di San Marino

<sup>11</sup> *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, p. 1.

<sup>12</sup> *Epitoma* 17,23 (ed. E. Malcovati, Roma 1938, p. 45s.). La metafora subirà una piegatura moderata nella prima riga dello statuto sammarinese, che radica l'*auctoritas* originaria nell'*Arengo* (§ 1).

ha sempre avuto una sua *costituzione*, nel senso che ho detto descrittivo. Molti ritengono che l'8 luglio 1974 si sia data una *costituzione* - e di certo sarebbe una bizzarra negarlo -. Per impiegare senza la necessaria discrezione una categoria, elaborata dai dogmatici con riguardo ad altri ordinamenti, questa repubblica è passata da una *costituzione* esclusivamente materiale (che era *costituzione* in senso descrittivo) ad una *costituzione* formale. Ma bastano poche osservazioni, per constatare come recalcitri questa doppia categoria ad essere impiegata senza cautele nel ragionare sulla repubblica sammarinese.

Assumendo altri punti di vista, risulta ormai da indagini recenti che non di rado le costituzioni comunali del medioevo italiano - e nella stessa area cui appartiene San Marino - presentavano qualche grado di rigidità, che limitava il potere normativo delle assemblee cittadine. Converrà cercare con attenzione, se esistessero tratti di rigidità anche nella *costituzione* risalente dell'antica repubblica, mentre è innegabile che un tale carattere è stato impresso dalla *Dichiarazione* del 1974 alla *costituzione* sammarinese. E' questo un compito che spetta ai vostri giovani studiosi.

3. E conviene intanto osservare da una prospettiva più ampia i due poli dell'ordinamento sammarinese: statuto e diritto comune, l'uno e l'altro sovrastati oggi dalla *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento* (si consideri attentamente la struttura bipolare della stessa *Dichiarazione*). Con la legge numero 59 dell'8 luglio 1974 la repubblica ha inaugurato un'età nuova per la sua esperienza del diritto comune - e non soltanto nella propria *costituzione* -. Mai si era visto negli ordinamenti europei altro che un insieme di precetti variamente cogenti, alcuni dei quali risultavano denotati dalla *perpetuità* ("in perpetuum ualiturae leges", per impiegare parole di C. 3,1,14,1; "in omne aeuum seruandae" [const. *Omnem* 11; const. *Tanta* (C. 1, 17, 2) 23])<sup>13</sup>, non dalla inderogabilità. Come ormai risulta certo, in un sistema teso fra due poli, statuto e diritto comune, la norma posta dall'ordinamento particolare lascia vigente la norma del diritto comune, derogando ad essa: dalla competenza normativa dell'ordinamento particolare si uscirebbe, se comunque venisse attribuito a sue norme un effetto - primario o secondario - di abrogazione rispetto a norme dell'ordinamento universale. Al

<sup>13</sup> *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, cit., p. 23.

sopravvenire di una norma particolare, contraria al *ius commune*, rimane indifferente il vigore di questo, risultando esso inapplicabile nell'ipotesi testualmente disciplinata, e soltanto in questa - ed inapplicabile fin quando viga la norma sopravvenuta -. In un particolare ordinamento composto a diritto comune la norma sopravveniente deroga e non abroga quella vigente, giacchè la competenza normativa è fissata da una norma esterna all'ordinamento considerato: si rammenti D. 1, 1, 9 (l. *omnes populi*) nell'insistente lettura dei giuristi medievali - od altro testo, cui la grande civilistica riconducesse l'autodisciplina delle città<sup>14</sup> -. Basti aggiungere che sarebbe superfluo perciò, e non rigoroso, comprendere nella descrizione del fenomeno diritto comune il riferimento alla competenza normativa propria dell'organo legiferante nel singolo ordinamento. Ma è certo che per il nesso di complementarità da cui sono stretti in sistema il diritto proprio e il diritto comune, nell'ordinamento in cui questo vige neppure si potrebbe determinare l'ambito del diritto comune, se non in rapporto al diritto proprio.

Convien approfondire l'analisi. Negli ordinamenti a diritto comune la costante *n* dà la regola di incremento delle norme, che per essa vengono composte in sistema. Incremento, meglio che successione. La costante *n* può dirsi regola di composizione delle norme in sistema. E s'intende, norme contrastanti per il loro tenore: altrimenti sarebbero specificazioni della norma vigente, se non addirittura mere duplicazioni. Per il nesso di deroga che stringe le norme, il precetto sopravvenuto modifica i precetti vigenti, giacchè ne impone una lettura coerente all'insieme mutato (D. 1, 3, 24). Nella cultura europea del tardo Ottocento ciò si esprimerà con l'imprestito darwiniano *interpretazione evolutiva*, che darà forma a diverse persuasioni (queste non debbono venire illustrate qui).

Ma non vi sfugge come la costituzione sammarinese, quale oggi risulta dall'entrata in vigore della *Dichiarazione*, si distingua per il nesso fra norme, che differisce sensibilmente, perchè più articolato, da quello che denotava gli ordinamenti storici a diritto comune; e non meno da quello che stringe in sistema le orme di vario grado negli altri ordinamenti europei. L'organo giurisdizionale è tenuto sì ad applicare il diritto - come già doveva per statuto (§ 18) e come pure oggi deve per costituzione (art. 15) -, ma osservando le norme della

<sup>14</sup> per i dati, con traduzione storiografica rigorosa, ancora F. CALASSO, *Medio evo del diritto* I, cit., pp. 494-501.

Dichiarazione (art. 16 c.2). Qui non presta alcun soccorso la precettistica racchiusa in certe medievali *dottrine degli statuti* (come solennemente ama intitolarle oggi ancora la storiografia), per quanto concerne il nesso fra *statutum* e *ius commune*; dottrine rivolte ad individuare il criterio di decisione, in mancanza di enunciato normativo (operazione designata allora come *interpretatio* per gli effetti stabiliti da Costantino [C. 1, 14, 1] e candidamente equivocata non più solo dagli scrittori odierni di storie giuridiche, ma peggio, da alcuni esegeti italiani della L. 8 giugno 1990 n. 142<sup>15</sup>). Come nessun esempio potrebbe trarsi da *id quod in Italia observatur* (Stat. § 456) od in altri paesi d'Europa. Ed invero la stessa rigidità della costituzione sammarinese risulta modulata in maniera che non trova l'uguale in altri ordinamenti odierni: alla constatazione della dubbia costituzionalità di qualsiasi norma - anche di *ius commune* - segue un *référé législatif* (art. 16 c.2 L. 59/1974). Sicchè all'assemblea elettiva compete la convalida della norma tacciata di incostituzionalità, con un effetto di implicita ed incisiva modifica del sistema - ed eventualmente dello stesso sistema costituzione -. Compete al Consiglio Grande e Generale in mera sede legislativa, non costituente - se l'art. 6 c. 4 L. 19 gennaio 1989 n. 4 non richiede la maggioranza qualificata, imposta dall'art. 16 c. 1 L. 59/1974 -. In questo senso limitato potrà forse distinguersi per la repubblica di San Marino, ed in maniera niente affatto scolastica, una costituzione materiale dalla costituzione formale.

Nessuna ricerca di precedenti nel sistema storico del diritto comune gioverebbe ad intendere l'odierna costituzione sammarinese. Basterà considerare qui l'enunciato dell'art. 5 L. 59/1974, con quella sua specificazione che è l'art. 15 c. 4. Di fronte ad esso risulterà evidente che il piacevole ditterio *iura naturalia sunt inmutabilia* (tolto da Inst. 1, 2, 11) è un episodio di bella retorica, dinanzi al quale non potrebbero nutrirsi illusioni anacronistiche, opinando che nel sistema diritto comune si dessero limiti invalicabili al potere legislativo (dall'ardito sondaggio che Gino Gorla ha compiuto<sup>16</sup> non risultano

<sup>15</sup> degno di alta considerazione e cordiale incoraggiamento lo sforzo di V. ITALIA, *Gli statuti dei comuni e delle province*, Milano 1990, p. 31ss., inteso a contrastare ogni piacevole anacronismo sugli statuti novecenteschi.

<sup>16</sup> "*iura naturalia sunt inmutabilia*". I limiti al potere del "principe" nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, negli atti del convegno *Diritto e potere nella storia europea II*, Firenze 1982, pp. 629-684.

dati appaganti; mentre i lavori giovanili di Sergio Mochi Onory e di Ugo Nicolini restano quali segni decrittabili della più alta ideologia neoguelfa<sup>17</sup>). Limiti impressi nelle costituzioni moderne con il tratto della *imprescrittibilità* imposto ai "diritti naturali dell'uomo" (ancora l'art. 2 della *Dichiarazione* francese 1789), o della *invulnerabilità* (art. 2 della Costituzione della Repubblica italiana). Bisogna riconoscere che il nostro linguaggio ha sì in comune con quello medievale i vocaboli, ma poco di più (un insegnamento di Rosario Nicolò<sup>18</sup>, troppo presto dimenticato). Per limitare la considerazione al solo esempio cui ho accennato, basti ricordare che nell'esperienza premoderna fra gli *iura naturalia* non si comprendeva quello alla conservazione della persona: la sanzione capitale non sollevava nei vecchi regimi alcun dubbio di legittimità, per quella stessa piacevole metafora biologizzante, da cui Alfredo Rocco avrebbe dedotto per il regno d'Italia nel 1930 la pena di morte, appoggiandosi alla *summa theologica* di Tommaso d'Aquino<sup>19</sup>.

4. Qualche altra avvertenza si impone. Modelli, cioè schemi adatti ad ogni ordinamento, non servirebbero - anche se potessero immaginarsi - ad un'indagine seria della costituzione sammarinese risalente, come della costituzione odierna. Non servirebbero, anche se consacrati da una lunga tradizione storiografica. E del resto sono da evitare per molte ragioni, che ho già indicato rapidamente altre volte<sup>20</sup>. L'unità dell'esperienza europea nell'età di mezzo - quando San Marino era soltanto una città fra la miriade di città autogovernanti in tutta Europa, non già quello Stato singolarissimo di cui siete cittadini - non era uniformità, ma piuttosto multiformità. Considerati poi gli ordinamenti sotto il profilo delle norme che li reggevano e che essi

<sup>17</sup> per dati e per un primo apprezzamento, *Visioni e revisioni storiografiche*, negli atti del seminario su *Prelazione e retratto* coordinato da G. BENEDETTI e L. V. MOSCARINI, Milano 1988, p. 639s.

<sup>18</sup> *Diritto civile*, nell'*Enciclopedia del diritto* XII, Milano 1964, p. 907.

<sup>19</sup> *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco*, presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930, per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale, nel *Codice penale e codice di procedura penale* [...], Roma 1958, num. 4, p. 22.

<sup>20</sup> su motivi differenti si fondava G. ASTUTI, *Relazione*, cit., p. 23.

stessi ponevano, identica restava la struttura di ciascun insieme di norme, variando la composizione di questo da un ordinamento all'altro. A persuadere che una modellistica serve scopi limitati e non merita fiducia eccessiva, può valere un solo esempio. Chi vuole conoscere il *comune cittadino* leggendo i manuali di storia del diritto, va incontro a delusioni, od a sorprese. Del resto su quelle pagine si imbatte, più che in uno schema induttivamente elaborato (alla maniera di Redenti), nella somma di lineamenti, giustapposti, tolti da questa o da quella realtà documentata, e baldamente generalizzati. Eppure fu inevitabile tracciare modelli, anche se impropri, nel tentativo di descrivere una realtà, sfuggente per la ricchezza dei suoi lineamenti (così fece, dopo Enrico Besta, Francesco Calasso<sup>21</sup>); ed una cordiale, doverosa gratitudine portiamo ai maestri che tentarono l'impresa impossibile, quella di ragionare esperienze disperate astraendo dalle innumerevoli singolarità che le denotavano, per cogliere in loro qualche tratto costante. Quando però discendiamo dall'empireo, da quel *comune* in generale che Eugenio Cannada Bartoli direbbe sarcasticamente *metacomune*; e ci diamo a leggere le carte di questa o di quella città - e magari della San Marino duecentesca o trecentesca -, ci conviene sgombrare la mente intraprendendo con ironia una lettura ingenua di esse. E potremo andare incontro a piacevoli sorprese, come è pure accaduto ad un allievo di Calasso, quando si è trovato a leggere lo statuto duecentesco di un vecchio comune dell'Italia centrale<sup>22</sup>.

Per le stesse ragioni conviene indagare come si articolasse il sistema di norme, che usiamo chiamare diritto comune, in un particolare ordinamento. In quali maniere il diritto comune venisse rappresentato nei luoghi e nei tempi in cui vigea, o sia rappresentato nel luogo in cui tuttora vige, deve pure indagarsi - con l'intesa che queste immagini del fenomeno non lo esauriscono<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano 1949, pp. 107-131.

<sup>22</sup> *Una città nello specchio delle sue norme. Perugia Milleduecentosettantanove*, negli atti *Società e istituzioni dell'Italia comunale: l'esempio di Perugia (secoli XII - XIV)*, Perugia 1988, pp. 367-445.

<sup>23</sup> ho già avuto occasione di osservarlo: *Autonomia ed eteronomia nel diritto delle imprese*, cit., p. 16 n. 17; *Per la scuola di diritto comune vigente*, cit., p. 31.

Se quelle rappresentazioni si vogliono intendere appieno, deve pure indagarsi in quali maniere venisse rappresentato l'altro polo del sistema sammarinese - e senza scandalo per certe giustificate intemperanze verbali, segno del fervore che percorse la vita in Repubblica all'inizio del secolo ed in preparazione dell'Arengo -. Ricorderete la polemica tenace di Pietro Franciosi contro "la comunale costituzione del nostro piccolo Stato"<sup>24</sup>, contro "la nostra medievale costituzione"<sup>25</sup>, che raggiungeva l'acme nella sprezzatura del "comune secentistico"<sup>26</sup> e delle stesse "inveterate norme del secentistico Statuto"<sup>27</sup>, placandosi nella constatazione, plausibile a tutti, che "il secentistico Statuto ha bisogno di essere riformato"<sup>28</sup>. Qualcuno di noi ha cominciato a riflettere sul paradosso della storia costituzionale sammarinese, su quel tornante che fu la rivoluzionaria restaurazione dello statuto (mi consentirete l'ossimoro, che non dispiacerebbe a Franciosi). Il ritorno alla democrazia medievale per i sammarinesi non ebbe alcun tratto di quel neoguelfismo, che ispirava in altri paesi europei certi programmi di schietta involuzione. Per usare il lessico di Francesco De Sanctis, era la bandiera della scuola democratica.

Senza prendere parte ad un dibattito che oggi sembra peraltro sopito, conviene constatare che l'auspicio franciosiano di un *legiferare alla moderna*<sup>29</sup> era coerentemente congiunto, da un canto a quel *ritorno allo statuto*, e dall'altro all'auspicio di *codificazione* (espresso, ad esempio, in una formale istanza d'arengo che rispecchiava il

<sup>24</sup> P. FRANCIOSI, *Scritti giornalistici I*, San Marino 1986, p. 34 (articolo del 17 febbraio 1906).

<sup>25</sup> *Scritti giornalistici I*, cit., p. 290 (articolo del 7 novembre 1909).

<sup>26</sup> *Scritti giornalistici I*, cit., p. 32 (articolo del 10 febbraio 1906).

<sup>27</sup> *Id.*, p. 31.

<sup>28</sup> *Scritti giornalistici I*, cit., p. 42 (articolo del 17 marzo 1906).

<sup>29</sup> *Scritti giornalistici II*, San Marino 1988, pp. 47, 96 (articoli del 7 aprile e del 30 giugno 1912).

"manifesto-programma del gruppo consigliere democratico"<sup>30</sup>). Vedete ora perchè l'Istituto Giuridico Sammarinese, preparando questo corso, abbia ritenuto necessario organizzare un incontro fra giuristi italiani e sammarinesi *in memoria* dello *Schema* laboriosamente redatto da Giuseppe Brini<sup>31</sup>.

5. Tutto ciò visto, occorre pure studiare come venisse già articolandosi, e forse radicandosi in organi distinti, l'insieme dei poteri pubblici in ordinamenti non segnati ancora da quella discontinuità, che fu la rivoluzione del terzo stato: in quell'ordinamento (San Marino), che a molti apparve come vecchio regime sopravvivate - ricorderete qui la polemica ostinata di Pietro Franciosi, nei giorni che precedettero l'Arengo, contro coloro che avevano "ridotto un fossile da museo" il sovrano popolo sammarinese<sup>32</sup> -. Conviene a tutti liberarsi di care opinioni immediate, residuo di scelte drammatiche; e cercare delicatamente fra i grovigli del vecchio ceppo, dello statuto, i germogli del futuro. I quali permetterebbero, se individuati, di considerare appunto non anacronistico il programma franciosiano. Pure questo è un campo, che si apre ai giovani studiosi sammarinesi. Basti ricordare intanto che alcuni sintomi non equivoci di una esigenza di legalità risultano direttamente dallo statuto, come pure un riparto delle funzioni pubbliche, non incompatibile con il grande schema che si è fatto passare troppo spesso per un sogno illuministico<sup>33</sup>. Spigolando fra le pagine dello statuto, incontrate nel "libro I", in quello che Torquato Carlo Giannini leggeva come "la carta costituzionale della

<sup>30</sup> illustrata in un articolo del 19 gennaio 1908 (*Scritti giornalistici I*, cit., p. 182). Il testo del programma si legge in nota ad un articolo dell'11 luglio 1906 (*Id.*, p. 75).

<sup>31</sup> G. BRINI, *Schema per un codice civile nella repubblica di San Marino*, Bologna 1898; l'Istituto Giuridico Sammarinese ne ha curato quest'anno una riproduzione anastatica.

<sup>32</sup> *Scritti giornalistici I*, cit., p. 38 (articolo del 3 marzo 1906).

<sup>33</sup> si ricordi la sprezzatura di G. ASTUTI, *Relazione*, cit., p. 39s. (ma a p. 47 una valutazione prudente).

Repubblica"<sup>34</sup>, l'indipendenza del giudicante, espressa come divieto per i Capitani di *impedire directe uel indirecte, uel tardare debitum iustitiae cursum* (Stat. § 22); l'ovvio principio di legalità nella giurisdizione (Stat. § 38); la stessa distinzione fra governo e amministrazione, consistente nel vietare ai Capitani il maneggio del denaro pubblico (Stat. § 20); la contrapposizione fra interesse pubblico e interesse privato, marcata con l'obbligo di astensione per i consiglieri (§ 16); l'ancora ovvio requisito della delibera consiliare per costruzioni a spesa pubblica (Stat. § 87); le stesse regole per il funzionamento del Consiglio (§ 14), con sanzione di nullità per le deliberazioni difformi. E del resto, appena restaurata la democrazia, ci si preoccuperà di circoscrivere il potere deliberativo dell'assemblea, limitandolo alla mera legislazione. La costituzione restava materia esclusiva dell'Arengo, cioè del corpo elettorale non rappresentato (se vi garbano queste categorie, potrete forse dire a tal proposito: democrazia diretta). Nella riunione del corpo elettorale, convocata dalla Reggenza - ma pure da un solo Capitano, a ciascuno dei due spettando il potere nella sua interezza per la solidarietà sancita con il § 18<sup>35</sup> -, veniva formulata ogni istanza di *quisque de populo*; e questa sollecitava l'immediata attività della Reggenza per quanto le competesse, oppure del Consiglio (Stat. § 1), cioè dell'assemblea tornata ormai rappresentativa. Ma dal Consiglio non poteva essere deliberata alcuna istanza di *ordine costituzionale*. Quali che fossero i motivi del disposto, i fini perseguiti con la norma, interessa qui l'assetto che il D. 18 maggio 1914 n. 11<sup>36</sup> conferiva alla repubblica, positivamente distinguendo le materie: ordinarie e costituzionali. Il

<sup>34</sup> T.C. GIANNINI, *Legislazione nazionale ed internazionale della repubblica di San Marino*, nella *Rivista di diritto internazionale e di legislazione comparata* 1899, I, p. 111. Con l'abituale sobrietà, L. MORTARA motivando la decisione dell'App. Roma, 1 dicembre 1906, rist. *Giur. samm.* 1965, p. 117 s., osservava che nel "libro I [...] si contengono le norme generali per l'amministrazione della Repubblica".

<sup>35</sup> "... Quae omnia [...] ambo simul Capitanei praedicti facere et exequi valeant, et quilibet etiam eorum per se coniunctim et divisim; et quod per unum coeptum fuerit, per alterum prosequi et finire possit".

<sup>36</sup> Secondo supplemento alla *Raccolta delle leggi e dei decreti della Repubblica di San Marino*, a cura di G. RAMOINO e G. GOZI, San Marino 1926, p. 22.

proseguo della storia è noto, può del resto soltanto alludersi qui ad esso.

6. Ed oggetto elettivo di studi, oggi più che mai, è il comporsi in sistema di molteplici precetti posti da organi normativi diversi, o comunque radicati in diverse istanze normative. Qualche esempio può giovare, più che ad intenderci, a chiarire problemi. E lo scelgo in materie, sulle quali tutti siamo ipersensibili anzi che no: famiglia, vista come nesso stabile fra più persone e come vicenda di un patrimonio, società imprenditrici ed associazioni con scopo non lucrativo. Insisto: problemi, non soluzioni. Sapete che di alcuni fra questi problemi si sono imposte finora soluzioni, che avrebbero potuto bene essere diverse - e converrete con me nel constatare che mentre la storia non si scrive con i se, l'analisi giuridica del passato e la diagnosi del presente si compiono come indagine dei *futuribilia*. Ed è qui il fondamento di quell'*ironia* che denota la tecnica del giurista -. Basti pensare a pretese lacune della disciplina, dettata per la famiglia sammarinese con la L. 26 aprile 1986 n. 49: una riforma che ha adeguato ai valori costituzionali (art. 12 della *Dichiarazione*) istituti delicatissimi, risalenti quant'altri mai - e non per furore iconoclastico ha abrogato "tutte le norme, consuetudini ed istituti anche di diritto comune" contrastanti con la disciplina sopraggiunta (art. 145)<sup>37</sup>. Una puntuale ricognizione del sistema diritto comune dovrà prendere le mosse da questa legge. Basti riflettere su certe altre questioni intricate, che implicano valori non meno profondi: sul problema della capacità patrimoniale di associazioni non personificate. Scialoja avrebbe risolto il problema in maniera diversa da quella tenuta dal Commissario<sup>38</sup> e confermata dal Giudice dell'appello civile<sup>39</sup>. Il vostro maestro Ramoino, laboriosamente motivando, era pure giunto ad un passo dalla soluzione appagante (scialojana appunto; e di fatto citava le due decisioni dell'agosto 1924<sup>40</sup>), ma si ritrasse inopinatamente; Guido

<sup>37</sup> per una tesi contraria, D. LOMBARDI, *Riconoscimento e/o legittimazione dei figli negli ordinamenti sammarinese e italiano*, in questa *Miscellanea* 1, febbraio 1991, pp. 121-133; con mia *Postilla*, pp. 134-137.

<sup>38</sup> 2 luglio 1966, c. 175/1966, *Giur. samm.* 1964-1969, pp. 324-330.

<sup>39</sup> 10 agosto 1967, lì stesso, pp. 186-201.

<sup>40</sup> a pp. 326 e 327.



Astuti da par suo rinnovò la soluzione dettata dal giudice di prime cure - e fu quello un episodio istruttivo di *imitatio*, rivolta più che alla dottrina italiana (larghissimamente addotta), alla politica italiana di quegli anni (Edoardo Ruffini avrebbe detto *mimetismo giurisprudenziale*)<sup>41</sup>.

E non sarebbe prudente qui tacere ora altri problemi, che tardano a delinearsi, ma che si imporranno - ed è inevitabile - : pensate all'ermetica disposizione che chiude la L. 13 giugno 1990 n. 68: sopravvive, per l'art. 97 di questa legge, il diritto comune delle società commerciali, che Vittorio Scialoja aveva cominciato a delineare nel 1924<sup>42</sup> per i sammarinesi?

Con l'usuale schiettezza vi ho ricordato alcuni episodi salienti nella giurisprudenza sammarinese di questo secolo. O m'inganno del tutto, o su di essi ormai si è prodotta la salvifica *res iudicata*. Possiamo discuterne perciò con ragionevolezza, senza timore di conseguenze sgradevoli ad alcuno, e per il solo fine di intendere la realtà presente della repubblica; per discernere le vie percorse e quelle, che pure percorribili erano, ma dalle quali si distolse il piede. E per intendere a fondo la lezione di Scialoja. E per dissolvere le nebbie infittitesi intorno alle cime del Titano ad opera di una giurisprudenza, che appare talvolta poco avvertita, incline alle gradevoli fantasie: quale è l'ardito paradosso di un "diritto comune [...] conforme alla più recente opinione seguita nel diritto italiano" etc. etc. L'isterologia è del T. Commissariale, 2 luglio 1966<sup>43</sup>. E detto in parole chiare, identifica il diritto comune vigente a San Marino con il codice civile del Regno

<sup>41</sup> E. RUFFINI, *L'art. 34 del Concordato e la convenzione italo-sammarinese del 1939*, nota ad App. Roma (ord. presidenziale), 18 novembre 1942, nella rivista *Il diritto ecclesiastico* 1943, p. 36 (che letteralmente scrive "compiacente mimetismo giuridico". Sul contesto, M.A. BONELLI, *I rapporti convenzionali italo-sammarinesi*, s.l., 1985, pp. 675-677). Linee per una ricostruzione della vicenda cui accenno nel testo ho tracciato rapidamente nel programma *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, cit., p. 27s. n. 34.

<sup>42</sup> G.d.A. 24 agosto 1924, c.69/1921 e c. 6/1922, *Giur. samm.* 1924, pp. 16-18, 19-21. Le *Cinque lezioni sul diritto comune delle società* di U. SANTARELLI, pubblicate in questa *Miscellanea* 2, agosto 1991, p. 5ss., non furono soltanto la sintesi di feconde meditazioni, ma pure una serena e ferma disamina di problemi.

<sup>43</sup> già citato, *Giur. samm.* 1964-1969, p. 328.

d'Italia, promulgato da sua Maestà con il decreto 16 marzo 1942 n. 262: altro che *imitatio*! Per un giurista italiano l'episodio è quanto mai istruttivo e provocante. Con un tal paradosso la giurisprudenza sammarinese decidente si piegava a quella storiografica aulica, di cui vedete un esempio eloquentissimo nella *Relazione* del guardasigilli Grandi sul codice civile. Conviene attingere subito alla fonte:

"Il codice civile riafferma [...] la nostra millenaria ininterrotta tradizione romana e italiana, e riporta alle sue origini romane il diritto del nostro popolo"<sup>44</sup>; ed in specie l'art. 1448 - per toccare già ora un istituto su cui sto per richiamare la vostra attenzione -

"riporta nel nostro diritto un istituto prettamente italiano, perchè elaborato dal diritto comune"<sup>45</sup>.

*Parole in libertà*, voi direste, mutuando l'espressione dalla poetica di certi futuristi; e del resto sull'inconcludenza ermeneutica di simili enunciati non è necessario insistere<sup>46</sup>. Eppure un allievo di Ramoino, e nostro caro amico, ha proseguito su quella strada; e da lì gli è apparso un "normale sviluppo" dalla "*lex secunda* [C. 4, 44, 2] [...] fino al vigente codice civile italiano"<sup>47</sup>. Ma v'è dell'altro. I due strati recenti della legislazione civile italiana si sono presto conglutinati in uno; e attraverso passaggi inavvertiti ha potuto valere per diritto comune sammarinese l'opposto del diritto comune, quale risulta ormai a tutti (dal Dekkers al Mirabelli)<sup>48</sup>: il Tribunale Commissariale<sup>49</sup> ha

<sup>44</sup> *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del Codice civile*, § 12 (*Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli* [...], Roma 1943), p. 34.

<sup>45</sup> *Relazione*, cit., § 659, p. 430.

<sup>46</sup> *Satura lanx* 13, nei *Quaderni fiorentini* 1980, p.312; *Satura lanx* 25, negli *Studi in memoria di Agostino Curti Gialdino II*, Napoli 1991, p. 69ss.

<sup>47</sup> T. Comm. 13 novembre 1970, c. 397/1967, *Giur. samm.* 1970-1980, p. 247. Le sue fonti possono vedersi a p. 245; fra loro è la monografia di Giuseppe Mirabelli.

<sup>48</sup> la ricostruzione d'insieme più documentata è purtroppo mia, e si legge nell'*Enciclopedia del diritto* XXXIX, Milano 1988, p. 948ss.

<sup>49</sup> 14 febbraio 1975, c. 426/1969, *Giur. samm.* 1970-1980, p. 21.

quindi negato arditamente in questa repubblica l'azione di rescissione all'acquirente, proiettando l'art. 1536 del primo codice civile italiano (1865) sull'art. 1448 del codice civile vigente - singolarissima opinione, passata inavvertitamente attraverso il crivello di Arturo Carlo Jemolo<sup>50</sup> -. Qui pure vedete involontariamente connessi, come si deve per tutt'altre ragioni, il problema diritto comune ed il problema codice civile<sup>51</sup>. Qui pure cogliete ancora la necessità di ricostruire le immagini del diritto comune, quali appaiono vagheggiate nella giurisprudenza decidente.

7. Queste pacate considerazioni preliminari potranno forse contribuire a delineare problemi non sempre nettamente percepiti, potranno sì dare avvio alla discussione; ma più ancora valgono a richiamare il programma dell'Istituto Giuridico Sammarinese, di questo laboratorio, che è un punto d'incontro e perciò di confronto. Come ormai sapete, nell'Istituto si discute tutto sotto specie di problema, non si delibera: in altre sedi si provvede, in altre si legifera. Consapevole di ciò, l'Istituto Giuridico Sammarinese è rispettoso di ogni competenza distinta dalle sue, relativamente indifferente alle mutazioni dell'agire politico. La distinzione fra politica e diritto è un acquisto, cui rinuncerei malvolentieri, io cittadino italiano: è delle costituzioni moderne il discernere politica e amministrazione, politica e giurisdizione, politica insomma e diritto senz'altro, potere e forme della società civile - più che il principio fissato nell'art. 3 c. 5 della L. 59/1974, conviene riconsiderare gli articoli 14 c. 1 e 15 c. 1 di quella vostra *Dichiarazione* -; e per impiegare categorie sociologiche, è un tratto distintivo delle costituzioni moderne l'impersonalità del potere. Relativamente indifferente essendo il diritto rispetto alle variazioni dell'agire politico - lo vide Scialoja già nel 1881<sup>52</sup> quando tracciò il confine tra diritto pubblico e diritto privato nell'esperienza romana -, una scuola di diritto è il luogo nel quale non si trasmettono sublimi

<sup>50</sup> parere al Consiglio Grande e Generale, 22 dicembre 1976, *Giur. samm.* 1970-1980, p. 18.

<sup>51</sup> primi suggerimenti per una ricognizione consapevole di questo problema nel programma *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, cit., pp. 18-20.

<sup>52</sup> *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle università italiane*, nell'*Archivio giuridico* 1881, II, p. 489 (ristampato e chiosato da F. Amarelli in *Index* 1990, p.63).

verità fissate una volta per tutte, nè direttive minute d'azione; ma si dibattono i problemi, si confrontano gli argomenti, si mettono al paragone della critica le soluzioni diverse; ed insomma i giovani, con i meno giovani, *imparano ad imparare* - come inascoltato proponeva Scialoja - e si avviano a praticare la civile virtù del dissenso.

ADRIANA CAMPITELLI

LO STATUTO SAMMARINESE  
NEL SISTEMA DEL DIRITTO COMUNE

A titolo di premessa a quanto verrà detto nel corso di questi nostri incontri, dedicati alla struttura ed alla genesi del sistema del diritto comune, è bene precisare il metodo che seguiremo. Come è stato già formulato l'approccio nelle lezioni dedicate ai titoli esecutivi, avvieremo la nostra indagine dallo Statuto di S. Marino e precisamente dalle rubriche che affrontano il problema dei rapporti tra statuto e norme di diritto comune nel momento dell'applicazione: quello che viene generalmente indicato come problema dell'interpretazione della norma statutaria.

Da questo avvio, partendo dall'esperienza specifica dello statuto di S. Marino, potremo risalire alla più ampia problematica del tempo nel quale si operò la distinzione tra un ordinamento giuridico considerato universale e l'ordinamento particolare; e valutare, nei contenuti teorici e pratici, l'ampia problematica che venne affrontata nel periodo del diritto comune, per indagare l'articolazione e i rapporti delle diverse fonti normative presenti nel mondo giuridico medievale.

La visione teorica della norma statutaria verrà collocata all'interno del sistema del diritto comune, iniziando l'indagine dal dato normativo concreto e particolare per cogliere da questa angolazione tutte le possibili sfaccettature ed i molteplici rapporti che determinano l'armonia del sistema.

Concluderemo con un'analisi di quello che è il problema storico del diritto comune, che sta ad indicare come la storiografia si è posta la riflessione sul diritto comune, e in che modo gli storici hanno valutato il problema che si è proposto in tutta la sua complessità prevalentemente nei primi anni del '900, quando venne ad assumere, nell'ambito della formazione della storia del diritto italiano, un posto interessante e coinvolgente.

---

\* Trascrizione riveduta dall'autrice delle quattro lezioni, tenute nei giorni 12-15 febbraio 1991, sotto il titolo calassiano *Storia e sistema del diritto comune*. In appendice la lezione sul caso Tonnini.

Chiarito il nostro metodo d'indagine possiamo affrontare subito la lettura delle *Leges Statutae* di S. Marino, dove e quando il diritto comune viene richiamato dalle norme statutarie.

Nel primo libro la rubrica 13 *De electione dominorum Capitaneorum* (...), disponendo della giurisdizione attribuita ai Capitani della Repubblica, chiarisce: "habeant Capitanei praedicti iurisdictionem et auctoritatem, ac facultatem cognoscendi, diffiniendi et terminandi omnes, et singulas civiles, criminales, meras et mixtas lites, et causas vertentes inter homines et personas Terrae praedictae, et eius comitatus, fortiae, et districtus et alios quoscumque secundum formam statutorum et reformationum Communis Terrae praedictae, quae nunc sunt, vel pro tempore fieri contigerit. Et si statuta, vel reformationes contingentes casus non deciderent, secundum formam iuris communis, et laudabiles consuetudines Terrae praedictae procedere, finire et terminare valeant" (così anche la rub. 31 del I libro sulla elezione del Commissario).

Come è agevole notare nell'assunzione del grado di Capitani della Repubblica, e nell'attribuzione dei contenuti della loro competenza e dei termini della giurisdizione ad essi conferita, viene specificata l'autorità e la facoltà di conoscere e di dirimere ogni controversia in materia penale e civile con l'indicazione non solo dei contenuti di merito, ma anche degli ambiti territoriali estesi ai confini della Repubblica, basandosi sulle norme degli Statuti e sulle successive riforme, già presenti al momento dell'assunzione della carica, e delle eventuali disposizioni che potranno essere formulate successivamente nel corso dell'esercizio del loro potere.

Ma, qualora le norme statutarie non dispongano, bisognerà procedere *secundum formam iuris communis*; ed ancora qualora la disposizione normativa non venga individuata, ricercare nelle *laudabiles consuetudines terrae praedictae* il principio da cogliere e da applicare per definire la situazione controversa.

La norma statutaria ricordata si colloca accanto ad una norma di più ampio respiro e di più ampia portata, come realtà normativa positiva e vigente che viene a completare, qualora non sia reperibile il dato normativo all'interno dello Statuto, e di conseguenza non sia possibile una regolamentazione espressa dal principio astratto che deve disciplinare la fattispecie concreta, secondo una successione logica, per il giudice, che ricorre ad una norma espressa di diritto comune. Qualora anche questa ricerca sia infruttuosa, il principio dovrà essere rintracciato nella matrice naturale che ha dato origine

alla formazione dello Statuto sammarinese, la tradizione consuetudinaria, le *laudabiles consuetudines* della formula di rito.

Il problema si arricchisce di altri elementi leggendo la stessa rubrica 13 del primo libro, alcune righe più avanti, là dove si dispone in materia di pene da infliggere.

"Poenas quoque imponere possint secundum formam statutorum et reformationum praedictarum, et ubi statuta, et reformationes non providerent, *de similibus ad similia* procedere possint et condemnare, adaptantes casus occurrentes determinatis prout melius adaptari poterunt; et ubi similitudo non reperiretur, *iuxta formam iuris communis, vel eorum arbitrio iuxta formam statuti de poenis arbitrariis loquentis*".

La prospettiva sembra cambiare, perchè la materia affrontata è diversa. Nell'ambito afflittivo che regola la materia penale il legislatore si fa più guardingo. La norma in materia di pene da comminare dovrà essere rintracciata all'interno dello Statuto. Per disposizione espressa o nelle eventuali riforme, emanate dall'organo legislativo della Repubblica. Qualora questa ricerca risulti infruttuosa si potrà procedere per analogia: *de similibus ad similia*, applicando ed utilizzando, fin dove possibile, disposizioni già espresse nell'ambito statutario. Qualora anche questa indagine non dia il risultato sperato, si ricorrerà anche in questa situazione al diritto comune, come sistema normativo vigente, o, in alternativa, alla discrezionalità del giudice (*vel eorum arbitrio*), ma soltanto in quei casi nei quali è previsto il ricorso ad essa in norme espresse dello Statuto.

Altre disposizioni di contenuto analogo possono essere individuate, sempre nel primo libro, nella rubr. 14 *De ingressu et iuramento Dominorum Capitaneorum*, dove si può leggere nel testo la formula del giuramento deferito dal Cancellarius, al momento dell'assunzione della carica da parte dei Capitani eletti: "Paci et concordiae civium, qua nil in libero oppido salubrius, pro viribus intenti eritis, circa custodiam dictae Terre diu noctuque vos vigilantissimos praestabitis, *statuta, reformationes, decreta dictae Terrae tam facta, quam fienda, et eis deficientibus bonas ac laudabiles Populi consuetudines observabitis ac observari curabitis*".

Anche nella formula del giuramento che impegna il Magistrato entrante, il cerchio dell'esercizio e della vigile attenzione sulle norme proprie della Repubblica si restringe allo *ius proprium* espresso e, in proiezione, alla consuetudine *bona et laudabilis*, che

rappresenta di questo diritto proprio l'elemento fluido non tradotto in norma formale.

Con maggiore attenzione per il nostro problema va esaminata la rubrica 61, sempre nel libro primo, nella quale si tratta il tema specifico: *De interpretatione Statutorum vel Reformationum*. Il legislatore statuario affronta in queste scarse disposizioni come dovrà porsi l'interprete esaminando lo statuto nel momento della sua applicazione e premette che la norma statutaria non può essere intesa in altro modo se non come venne espressamente formulata.

Poichè questa limitazione della lettura alla pura e semplice espressione letterale che risulta dal testo scritto può creare talvolta incertezze, il precetto che viene formulato al maschile potrà essere esteso anche al femminile, e quanto espresso al plurale si intenderà esteso anche al singolare in tutti quei casi nei quali tale estensione, sia al femminile che al singolare, sia compatibile con la materia da definire.

"Quoniam statuta interpretationem non recipiunt aliquo modo, et ex eorum verbis interdum litigia suscitantur, statuimus et ordinamus quod ubicumque statutum, vel reformatio loquerentur in masculino genere, intelligantur etiam in feminino, dummodo illud, quod in statuto continetur, sexui conveniat muliebri, et si loquantur in plurali, intelligantur etiam in singulari".

Il legislatore, dunque, qui si preoccupa, aderente alla lettera del testo, di definire con più puntualità quella che può essere intesa come una interpretazione di carattere squisitamente letterale dello statuto. Ed in tal modo disciplinare fino a che punto lo statuto nella sua disposizione possa essere utilizzato, rientrando in un ordine di pura interpretazione in aderenza al testo emanato, e possa anche dilatarsi nel momento in cui la disposizione normativa non presenti all'atto pratico la norma astratta che possa essere applicata, sempre nell'ambito di quanto espresso.

Le rubriche che abbiamo letto, non chiariscono molto il tema da affrontare se non vengono collocate secondo una duplice angolazione, presente negli aspetti giuridici del problema, dell'interpretazione della norma statutaria. Attraverso queste rubriche infatti vediamo apparire un duplice ordine di interrogativi: soluzioni proprie del testo normativo degli statuti di San Marino, intese come chiarificazione dell'applicazione della norma statutaria, ed un rapporto che invece viene sottinteso all'interno della genesi della norma statutaria, che investe la collocazione di questa norma nel

complesso, in una articolata visione di rapporti tra *ius commune* e *ius proprium*.

Sicuramente gli statuti, come ha detto ieri il professor Gualandi, si collocano nella dimensione dello *ius proprium*, cioè rappresentano la legge, la normazione dell'ordinamento particolare, che già da questa lettura delle rubriche statutarie, vediamo collocata in un ordine di norme che lasciano intravedere una serie di possibili situazioni giuridiche che consentono all'interprete di utilizzare non soltanto la disposizione normativa dell'ordinamento particolare, ma ricorrere in caso di lacuna, o in caso di difficoltà di reperimento della norma specifica, a norme diverse.

Quindi il problema è estremamente delicato, in entrambi gli ordini, come interpretazione della norma statutaria in senso stretto: ordine applicativo, che in qualche modo fa vedere quella che deve essere l'attività del giudice, dell'interprete al momento dell'applicazione della norma alla fattispecie concreta; e un ordine che è alla base di quella che è la formazione stessa del diritto proprio espresso nello Statuto, nel rapporto di tensione tra *ius proprium* e *ius commune*, che si rivela come qualche cosa di più dell'interpretazione della norma statutaria, come problema di equilibri che coinvolgono la natura stessa dell'ordinamento particolare in rapporto con un ordinamento, che sicuramente particolare non è, e che si presenta con caratteri di maggiore universalità e maggiore ampiezza. Da questo collegamento nasce la possibilità che la norma statutaria abbia una sua validità non soltanto come norma all'interno di un ordinamento particolare, ma che venga interpretata come norma in senso lato.

Percorso non facile da affrontare senza farsi carico di tornare alle radici della storia dell'ordinamento particolare, legato alla formazione del Comune, che a sua volta si rivela fondamentale per conoscere i momenti e la maturità dello statuto.

E si ricollega a quell'elemento di tensione che vede il recupero di una tradizione giuridica territoriale nel momento della formazione del Comune attuata nella formulazione dello statuto stesso, per cui l'ordinamento particolare organizzandosi secondo proprie tradizioni giuridiche ed esprimendo nel suo interno organi adatti alla produzione delle norme, emana attraverso la deliberazione del Consiglio statuti comunali che debbono essere validi per i territori di quelle terre, ed avere come destinatari i soggetti che fanno parte della popolazione di quella terra. Contemporaneamente si profila una difficile conciliazione teorica nell'ambito della visione politica e giuridica del tempo, che postula ancora l'esistenza di un ordinamento

universale riferito all'Impero e colloca l'ordinamento particolare all'interno di questa ricostruzione totalizzante. Quindi due ordini di problemi, che ponevano due angolazioni diverse nella interpretazione dello statuto.

Un'angolazione che riguardava i soggetti che avevano prodotto le norme dell'ordinamento particolare, cioè i cittadini, o gli statuari, o coloro che avevano la certezza che l'ordinamento prodotto e quindi lo statuto, dovesse avere una forza vincolante, perchè deliberato e voluto dai cittadini di quel primo nucleo organizzato a Comune, e come tale dovesse essere osservato nei termini letterali in cui era stato formulato. Una visione che affidava alla literalità dell'interpretazione l'impossibilità di eludere la norma netta e precisa formulata dal Consiglio e dall'assemblea, e voluta dai soggetti che l'avevano emanata, perchè non potesse avere una dilatazione impropria. Quindi nell'ottica del momento, in alcun modo potesse essere eluso quello che era un comando diretto che proveniva dalla volontà dei soggetti e dei cittadini.

E l'altra invece che poneva proprio nella teorizzazione dei temi ricorrenti del mondo giuridico del momento, e nella valutazione della visione di un ordinamento giuridico universale, il problema che la norma particolare venisse effettivamente a scomporre all'interno un ordinamento giuridico di carattere universale ed armonico, coincidente, rispetto a quelli che potevano essere gli ideali di un Impero universale; e veniva scoprendo come destinatari dell'uno e dell'altro complesso di norme gli stessi soggetti, cioè i *cives Romani Imperii*, contemporaneamente cittadini anche di un ordinamento particolare. Si rivelava in tal modo una conflittualità normativa che doveva essere risolta, in ogni caso e non a vantaggio dell'ordinamento particolare, ma a vantaggio di quello che si presentava come ordinamento più completo e più autorevole.

Come vedete, da questa situazione ricaviamo le radici del problema del diritto comune: di una formulazione e di una visione di una norma a carattere universale, in contrasto virtuale con una norma a carattere particolare.

Rubriche analoghe a quelle dello statuto di San Marino vertenti sulla interpretazione sono reperibili nell'ambito della legislazione statutaria italiana in tutti gli statuti comunali dello stesso periodo storico. E rivelano che questo stato di tensione all'interno della formazione dei primi nuclei statuari, era sentito costantemente come bisogno effettivo nell'ambito dell'ordinamento stesso. Quanto abbiamo letto nelle norme degli statuti di San Marino, appare

secondo modulazioni che variano in relazione ai diversi Comuni, ma che rivelano sempre la preoccupazione del legislatore di circoscrivere la possibilità che un "estraneo intelletto" possa in qualche modo penetrare attraverso un processo di interpretazione fondata su un riferimento al "diritto comune", inteso questo come il diritto che fa capo all'ordinamento universale.

Infatti, richiamando la rubrica 61 del primo libro, si tende a favorire un'attività dell'interprete estremamente rigida, non autorizzata a modificare le norme del diritto proprio, e nello stesso tempo tesa a respingere le interpretazioni che si ispirano a principi diversi da quelli reperibili nell'ambito dell'ordinamento particolare.

Quindi sono norme estremamente precise, norme che prevedono che la disposizione emanata al maschile possa essere estesa, come avete sentito e letto nella rubrica di San Marino, anche al femminile, quando il caso lo richieda; e le norme formulate al plurale possano essere intese anche al singolare. Così l'interpretazione analogica (il *de similibus ad similia procedere*) può essere consentita nell'ambito della norma di carattere penale che abbiamo letto nella rubr. 31 del primo libro.

Come è stato già detto, la formulazione dello statuto, la sua genesi e la sua applicazione non esaurivano tutti gli interrogativi che la norma particolare poteva comportare nel momento in cui diveniva effettiva. Infatti se l'analisi all'interno del Comune poteva esaurirsi con una serie di disposizioni più o meno restrittive, i termini del problema venivano a mutare nel momento in cui la rinata scienza del diritto si faceva carico di ricomporre la complessa compilazione giustiniana, di studiarla, di renderla viva ed operante.

La norma particolare si sentiva inserita in un ordine più vasto, come il Comune nell'Impero. Spettava al giurista definire i reciproci confini tra *lex* e *statutum*. Di conseguenza il problema che viene affrontato dalla giurisprudenza privilegia innanzi tutto l'altro aspetto che si cela sotto il tema dell'interpretazione: quello che doveva determinare non solo l'esame letterale della disposizione statutaria, come pura esegesi letterale, ma anche quei necessari vincoli che condizionavano lo statuto stesso e la sua validità all'interno di un ordinamento onnicomprensivo.

Fin dalla scuola dei glossatori fu esaminato il problema, e gli statuti furono compresi nell'ampia figura della consuetudine (gl. *si lex a C. 8.48 "si lex (municipii), id est consuetudo"*; gl. § 11, Inst. 1, 2: "*de consuetudine speciali vel lege municipalis scripta*").

Coerenti al loro tempo, i glossatori vedevano le raccolte consuetudinarie e gli statuti come una successiva evoluzione della consuetudine stessa, non ancora distinti da essa; e il loro fondamento giuridico, direi di più, la possibilità della loro esistenza, riposava su argomenti e testi tratti dalla legislazione imperiale. Il frammento *omnes populi* del Digesto (D. 1.1.9) rappresentò per lungo tempo il testo fondamentale posto alla base delle argomentazioni per la dottrina sugli statuti. Unica fonte del potere normativo era l'Imperatore, e lo statuto poteva presentarsi soltanto come espressione di volontà particolare e temporanea di un aggregato sociale, quasi ristretto nell'ambito del privato. In questi termini è sempre interessante la lettura di un'*additio* alla magna glossa al testo gaiano della *Omnes populi*, ora ricordato, che riporta l'opinione di Dino del Mugello. Oppure tenere presente l'esposizione di Boncompagno nel "Cedrus" al Cap. III: "... statutum est quaedam verborum series in scriptis redacta, in qua continetur quomodo illi qui teneantur a statuto se in publicis et privatis negotiis regere debeant et quam sive quantum pati si statuti non observaverint mandata".

Quindi il primo dubbio che si pone l'interprete non è per una soluzione circa l'interpretazione della norma così come è formulata, ma soprattutto per introdurre un discorso che riguarda la genesi e i caratteri della norma statutaria. Come deve intendersi la norma dello statuto? Come giustificiamo questa norma particolare? Che validità può avere? E' una validità che nasce come quei rapporti che si collegano ai patti, al giuramento (come dirà appunto la prima generazione della dottrina scolastica)?

Una norma dunque che nasce in un ambiente circoscritto, con disposizioni che in fondo hanno soggetti ben definiti, che sono vincolati reciprocamente da un giuramento? Si ricordino a tale proposito i "Brevia", che rappresentano i primi nuclei degli statuti dell'epoca, che erano appunto quei giuramenti scambiati tra cittadini del Comune e Magistrati chiamati a guidarli, o l'assunzione solenne dei reciproci doveri tra soggetti che rappresentavano in qualche modo questa prima organizzazione di popolo. Quindi un patto giurato, che stringeva fortemente i soggetti.

Nell'ambito di questa realtà di carattere privatistico, più che pubblico, lo statuto come espressione di un complesso di regole valide in un ambito ben delimitato e ristretto sembra essere una norma che in fondo non ha ampio respiro, nè dimensione che le consenta di superare i limiti soggettivi di coloro che si sono vincolati

a quel giuramento. Naturalmente, al Glossatore non poteva sfuggire, era questa una limitazione che non aveva senso. Anche perchè nel momento stesso in cui la dottrina formulava le sue teorie, lo statuto si affermava e il comune si articolava, e sconfiggeva addirittura le armate imperiali. In quegli anni le terre trovavano nuovi motivi di aggregazione secondo criteri reali e politici completamente diversi da una teorizzazione intesa in questi termini. E infatti, la problematica si distaccò presto da questi contenuti e si colorò di un aspetto politico, considerando i rapporti reali che legavano l'Imperatore e i Comuni. Fu formulata accanto ad una visione restrittiva del giuramento e del patto, quella teoria che passa sotto il nome di Raniero da Forlì, detta della *permissio*.

L'importanza del giuramento come ragione di validità dello statuto, subordinata al privilegio concesso dall'Imperatore, appare chiaramente nella vasta *Repetitio* sulla *Omnes populi* attribuita a Raniero. Infatti l'esistenza di un valido giuramento tra il Podestà o i Consoli ed il popolo delle città è condizione di inderogabilità interna, impedendo a chiunque di recedere dalle norme dettate nello statuto. Ma come norma particolare lo Statuto stesso trova la sua base giuridica nella *permissio* che l'Imperatore può concedere al Comune stesso. Ma già dal 1183 Federico Barbarossa aveva concesso, trattando con i Comuni, di conservare quelle "consuetudines ...quas ab antiquo exercuistis vel exercetis", e sembrava dare a questi *mores civitatis* una dignità ed un'importanza particolare, consentendo che negli appelli potessero essere anteposti alle *leges* per la definizione delle controversie (par. X).

Questo riconoscimento della tradizione, della possibilità di continuità e di validità di una norma consuetudinaria senza contrasto rispetto alla legge imperiale che poteva essere utilizzata, anche in sede processuale, rappresentava l'atto ufficiale da collocarsi accanto al privilegio che era alla base dell'organizzazione comunale, come riconoscimento per certi aspetti del primo nucleo organizzativo. La visione generica della non contestata possibilità che l'ordinamento particolare nascesse da norme proprie attraverso organi riferibili all'ambito territoriale ristretto, poteva rappresentare quella conciliazione non soltanto politica tra la visione dell'Impero e l'esistenza del Comune, ma anche all'interno di un discorso teorico di rapporti tra una legge imperiale vincolante per tutti i soggetti che facevano parte idealmente di questo Impero universale e i cittadini del Comune. Si dava la possibilità allo statuto di vivere nell'ambito di

questo universalismo come legge emanata, vigente per l'ordinamento particolare.

Ma anche questa soluzione rappresentava un'approssimazione ad un discorso più compiuto che doveva essere fatto, perchè sicuramente la teoria della *permissio* consentiva la conciliazione tra la norma imperiale e la norma particolare, ma non superava l'ostacolo della sua revocabilità fondata soltanto sulla volontà del soggetto che l'aveva concessa. Quindi la norma statutaria non si fondava su qualche cosa che aveva in sé la natura di norma, necessaria, ma si trovava di fronte ad una realtà che era subordinata ad un atto che era al di fuori dell'ordinamento stesso. E' infatti collegata, vicina e più puntuale a questa la teoria che va attribuita a Bartolo da Sassoferrato, ricordata come teoria della *iurisdictio*, che si legava a questa come concessione sovrana della possibilità di regolamentazione dei territori subordinati all'Impero, ma ne coglieva alcuni elementi essenziali all'interno dell'organizzazione stessa.

Complemento necessario anche alla concessione imperiale per legittimare la facoltà di una regolamentazione statutaria era la *iurisdictio*, intesa questa come capacità di autodeterminazione in un preciso contesto territoriale, di confermare gli usi o di emanare statuti. La *iurisdictio* nel pensiero bartoliano si ricollega a quel processo di gradualità di rapporti, propria dell'epoca feudale nella quale vengono ad assumere rilievo le connessioni dei diversi limiti dell'esercizio della sovranità, tra *merum imperium* e *mixtum imperium*, che svelava la sua complessità nelle *immunitates* concesse ai vassalli, che in quel gioco politico di libertà e soggezione rivendicata a livello territoriale anche le nuove realtà cittadine reclamavano, accanto ad un potere effettivamente esercitato a livello di possesso e di proprietà sulle terre, l'amministrazione e la giurisdizione.

Di conseguenza se il titolare supremo della *iurisdictio* è per definizione l'Imperatore, da lui discendono, come *superior*, una serie di *iurisdictiones* dalla *maxima*, sino alla *minima*, che riguarda il titolare di un feudo. Così, non diversamente, il *populus* che si organizza in Comune, detiene, nel territorio sul quale ha esteso la sua limitata sovranità, una *iurisdictio, semiplena* che gli consente di regolare soltanto i rapporti all'interno delle mura cittadine e in quegli ambiti territoriali sui quali esercita il nuovo assetto della sovranità.

Le due teorie sul fondamento giuridico della norma statutaria a ben guardare avevano radici simili: entrambe nel quadro medievale di una indiscussa sovranità imperiale collegavano sempre alla volontà

del sovrano sia la concessione di una possibile autonoma espressione normativa (*permissio*), sia l'esercizio di un'attività di giurisdizione che comprendeva in senso lato il potere di regolamentazione dei rapporti giuridicamente rilevanti, e il potere di risolvere attraverso propri organi le situazioni da definire in sede processuale (*iurisdictio*).

Bartolo scompone la realtà sociale del tempo nella teorizzazione della visione verticale di una scala di *iurisdictiones*. Dalla *minima* esercitata dal soggetto, il quale, pur nell'ambito di un ordinamento giuridico che lo tutela e lo pone quale destinatario delle norme di carattere generale, ha il potere di esercitare sui suoi beni e sulla sua proprietà la *iurisdictio* necessaria per la conservazione e il godimento di essi. All'opposto vertice di questa *minima* *iurisdictio* è posta la *maxima*, che è quella propria dell'imperatore nelle cui mani riposa effettivamente la completa visione del potere sovrano nella dinamica della sua attuazione, che non incontra limiti né territoriali, né di autorità superiori. Di conseguenza tra la minima e la massima esistono situazioni di esercizio di potere giurisdizionale e di regolamentazione più o meno ampie riferite a soggetti, a comunità, ad enti che si pongono, come nella piramide feudale, collegati e interdipendenti nella complessa realtà storica del tempo.

Ma se il pensiero di Raniero privilegiava un elemento soggettivo ed arbitrario come la concessione del sovrano, la costruzione di Bartolo, pur determinando il contenuto della *potestas iuris dicendi* autonoma e piena nei limiti nei quali veniva esercitata, si presentava incompleta.

Fu Baldo degli Ubaldi a dare la soluzione definitiva al problema, affermando che ogni corporazione è fonte di diritto oggettivo. Lo statuto visto come norma può essere emanato non soltanto dalle città, ma anche dai castelli, che trovano in esso la sicurezza del rispetto delle consuetudini e delle norme riconosciute volontariamente dai soggetti che vivono nell'ambito territoriale in cui devono essere applicate. Anche gli statuti dei collegi e delle corporazioni, comprese all'interno delle città, venivano definiti validi ed operanti; e poichè in essi l'elemento territoriale veniva meno, la giustificazione logica del diritto di giurisdizione che validamente esercitavano si trovava nell'autorità, riconosciuta, di dichiarare la loro forza obbligatoria nei rapporti interni. Quindi, afferma Baldo, la giustificazione giuridica di un ordinamento che emana statuti deve essere collocata nell'esistenza dell'organizzazione stessa che ne crea necessariamente organi capaci di produrre norme destinate alla vita



stessa dell'organizzazione: *Populus habet formam ex se et exercitium conservandi se in esse suo et in forma propria*.

Di conseguenza, dirà Baldo, quando noi ci troviamo di fronte a un'organizzazione che è in grado di creare organi capaci di produrre formalmente delle norme, possiamo parlare di norma in senso tecnico. Di conseguenza, non è più il caso di interrogarsi sulla validità della norma e quindi sui limiti di questa norma nei confronti di una norma più completa, perchè emanata da un organo che ha "una maggiore autorità". Bisogna riconoscere quella che all'interno di un'organizzazione è la capacità del soggetto in grado di produrre, attraverso un meccanismo costituzionale, delle norme che siano vincolanti per i soggetti che fanno parte di tale ordinamento. Quindi il problema come contrasto poteva dirsi risolto.

Ma se era risolto il problema di questo contrasto, rimaneva l'altro problema, forse di minor momento, ma non di minore importanza, e che era proprio quello che riguardava l'interpretazione della norma statutaria all'interno dell'ordinamento comunale. Si ripropongono dunque i temi affrontati all'inizio della nostra lezione. E comprendiamo perchè ci troviamo di fronte ad una norma che sicuramente presuppone una realtà normativa più completa e complessa.

Lo statuario quando disponeva sulle materie da disciplinare era consapevole di far parte di una realtà circoscritta da definire. Se voi scorrete lo statuto di San Marino in questa ottica, vedrete che sono soltanto i casi particolari che trovano la loro definizione, non abbiamo norme di carattere generale.

Quando ieri abbiamo affrontato la disciplina dei titoli esecutivi, abbiamo detto: non troviamo una specifica normazione che illustri l'azione esecutiva organicamente, nè possiamo ancora oggi affrontare una situazione ben identificata, che un complesso di norme organiche ha definito sotto un titolo specifico: quali sono i titoli esecutivi, quali debbano essere i termini per l'esecuzione; quali sono i presupposti per agire in via esecutiva sulla base di un giusto titolo. Possiamo rintracciare soltanto una serie di situazioni particolari. La situazione del contumace, la situazione del soggetto passivo che confessa il suo debito e deve subire un precetto esecutivo; e ancora quale possa essere l'esecuzione della scrittura privata, come deve essere fatta l'esecuzione delle sentenze, e così via.

Quindi lo statuto si preoccupava di definire situazioni particolari, e di dare a quelle situazioni particolari una normazione propria. Si ispirava ad una tradizione che sapeva che cos'era la

confessione, sapeva che cos'era il testamento, e disciplinava soltanto quei particolari aspetti che interessavano la tradizione consuetudinaria della propria terra. Sapeva che era una norma particolare, che era uno *ius proprium*, perchè territorialmente agganciato ad un'esigenza che era determinata proprio dalla vita che si rinnovava continuamente. Non a caso troviamo spesso, nelle rubriche degli statuti, questa immagine di crescita, di evoluzione, di cambiamento. Lo stesso statuto di San Marino appare in 3 libri in una redazione del XIII secolo, e nel corso del secolo XV si amplia raggiungendo l'estensione attuale dei 6 libri.

Trovava una sua naturale evoluzione all'interno della regolamentazione, ma non mutava le norme sull'interpretazione che rimanevano quelle vincolate alla lettera della legge. Qualche volta, come abbiamo visto in materia penale, si allargava all'interpretazione analogica.

Il cambiamento non avviene per l'interprete della norma particolare che rimane vincolato ad un'immagine restrittiva della norma particolare. Ma è di fondamentale importanza che la dottrina sugli statuti, superando lo scoglio del contrasto tra *lex* e *statutum*, si esprime sulla evidente esigenza di definire in termini più corretti che la norma statutaria non era una norma in tono minore, ma norma con ogni requisito di vigenza e di validità. Si recuperava all'interno di un problema più generale non soltanto la validità della norma statutaria, ma anche la valenza dell'interpretazione della norma statutaria all'interno della interpretazione in senso tecnico di una "norma".

Infatti le prime formulazioni della giurisprudenza su questo tema si pongono soprattutto nelle *quaestiones de facto*, come nelle *quaestiones statutorum* attribuite ad Alberto da Gandino, dove si privilegia il fatto concreto. Il giurista, affermando che lo statuto comunale è la legge municipale emanata dagli organi appositamente preposti dalla volontà popolare, svincola da qualsiasi concessione imperiale, tacita o espressa, la funzione legislativa degli ordinamenti particolari. La rigidità dell'applicazione letterale veniva dunque giustificata dal fatto che lo statuto si presentava *stricti iuris*, poichè la legge comunale si presentava come l'eccezione, rispetto alla *lex Romana*, intesa come diritto universale e comune. Di conseguenza quanto non veniva riconosciuto restrittivamente alla norma statutaria, poteva essere ricondotto sotto le disposizioni del diritto comune. Per uscire dalle incoerenze che nascevano da una limitazione di questo tenore, era necessario prevedere dei meccanismi interpretativi che dessero più respiro al disposto statuario.

L'elaborazione fu lenta e faticosa ed è forse inutile ricordare tutte le possibili limitazioni e distinzioni che i giuristi amavano enunciare accanto alle quattro forme fondamentali di interpretazione, mentre per queste è utile ricordarle schematicamente in modo da coglierne brevemente i caratteri distintivi.

L'interpretazione dichiarativa o letterale, richiamata sempre dal testo dello statuto, era sempre ammessa in quanto si fondava sulla semplice chiarificazione del testo. L'interpretazione estensiva generalmente veniva articolata in due distinti procedimenti: interpretazione estensiva attiva, quando era la norma dello statuto che veniva estesa ai casi simili a quelli espressamente previsti. Questo stava ad indicare sia l'operare *de similibus ad similia*, ammesso dalla giurisprudenza pur con qualche riserva soltanto per la norma statutaria che non presentava contrasti al dettato del diritto comune, sia per il procedere *a contrario sensu*, che veniva ad ampliare arbitrariamente le possibili applicazioni della norma particolare, ed infatti veniva esclusa da molti. Si aveva interpretazione estensiva passiva quando, in caso di lacuna, lo statuto subiva una interpretazione derivante dalla norma del diritto comune, esistente in materia, che in tal modo veniva richiamata per disciplinare le situazioni non previste nel testo statutario. L'interpretazione restrittiva era considerata propria del diritto statutario, che in quanto *stricti iuris* doveva essere limitato ai soli casi espressi. Ed infine l'interpretazione intensiva, secondo l'espressione di Baldo degli Ubaldi, che valutava la *ratio* della norma, e ricercando il fondamento normativo e la volontà del legislatore centrava il principio espresso al di là di ogni limite letterale. Questo tipo di interpretazione, così come formulata da Baldo, consentiva di liberare la norma particolare dalle pastoie soffocanti di limitazioni preconette. La ricerca della *ratio* o della *mens* che muove il legislatore poneva la norma statutaria allo stesso livello di una qualsiasi norma, non subordinata ad altra volontà diversa dall'organo proprio che l'aveva espressa.

Occorre aggiungere alcune parole riguardo all'interpretazione estensiva passiva, che vediamo formulata abbastanza chiaramente in Raniero da Forlì e ripresa su identici concetti da Bartolo da Sassoferrato.

Questo tipo di interpretazione apriva uno spiraglio su un altro singolare rapporto, che non vediamo mai specificatamente enunciato dal giurista o dallo statuto, e precisamente quale fosse la posizione del diritto statutario nei confronti di quegli istituti giuridici che venivano enunciati secondo dei termini attinti proprio dal *Corpus*

*iuris* e disciplinati secondo differenti principi. Se cioè ad esempio il testamento, come disposizione di ultima volontà del *de cuius*, fosse riferibile all'istituto giuridico del diritto successorio che trovava specifica trattazione nei testi di Giustiniano, anche se nei requisiti richiesti per la validità dell'atto o per la successiva disciplina nei confronti degli eredi, lo statuto si dimostrava differente dalla legge imperiale.

Nel rispondere a questo interrogativo si equivocava, e si ripeteva come asserito da Alberico da Rosate: "Statutum quantumvis strictum recipit interpretationem a iure communi". O come Alberto da Gandino: "Lex principis est communis et generalis, sed statutum non est generale nisi in civitate illa.... ubi factum est. Unde lex communis debet prevalere, ergo statutum municipale est interpretandum et in melius reformatum". Oppure come per Bartolo, e Raniero da Forlì, si riaffermava che in questo caso lo statuto soggiaceva all'interpretazione passiva del diritto comune, in quanto lo statuto doveva essere interpretato e veniva subordinato a quelle che erano state le disposizioni del diritto comune.

Anche su questo argomento fu Baldo degli Ubaldi che circoscrisse i termini precisi della *quaestio*, risolvendola ampiamente e chiarendo che "Statutum ipsum in se non recipit formam a iure communi, sed dispositum a statuto bene trahitur ad ius commune". Il diritto comune dunque non interviene a configurare lo statuto, però quanto disposto dallo statuto può essere bene inserito e definito dalle norme del diritto comune. Ricorrendo all'esempio già fatto, noi troviamo che la disposizione testamentaria prevista e disciplinata nello statuto sicuramente rappresenta un problema particolare risolto dalla legislazione statutaria; nello stesso tempo quello che può essere l'istituto successorio, e quindi le caratteristiche del testamento, secondo una formulazione più ampia e completa possiamo ritrovarla in quella che è la situazione prevista dal diritto comune.

Il rapporto tra una precisa norma statutaria e la norma di diritto comune, veniva ad essere interpretato dallo statuto all'interno dell'istituto giuridico da interpretare. È di conseguenza o era precisa la disposizione statutaria, e in questo caso non trovava contrasto nella norma di diritto comune; o lo statuto non regolava la situazione da definire, e in questo caso era necessario il ricorso al diritto comune.

Affrontata così nel dettaglio ogni possibile ipotesi interpretativa, la soluzione finale spingeva il giurista a vedere concretamente la norma dell'ordinamento particolare nel suo

momento dinamico di applicazione al caso concreto. Il tempo volgeva a favore dell'affermazione dello *ius proprium*, e come la sovranità degli ordinamenti particolari si irrobustiva a danno dell'evanescente ombra dell'ordinamento universale, non diversamente la ricerca del principio normativo insito nella norma statutaria collocava questa nelle categorie interpretative della norma, come tale, senza subordinazione ma con precisi richiami, quando si rendesse necessario, a categorie già note. Quindi non disarmonia, ma esatta valutazione degli elementi propri della situazione giuridica da esaminare e da definire.

\*  
\*\*

Nell'incontro precedente, prendendo lo spunto dalla lettura delle rubriche degli statuti di S. Marino dedicate all'interpretazione delle norme contenute in essi, abbiamo cercato di collocare il problema particolare in una più vasta tematica. Abbiamo affrontato un duplice ordine di interrogativi, che il più complesso tema dell'interpretazione sembra celare: il rapporto tra *ius commune* e *ius proprium* all'interno dell'ordinamento particolare, che coglie i nessi e le dipendenze tra norma universale e norma particolare secondo la formulazione del tempo; e l'altro tra ordinamenti che interagiscono nella visione medievale della sovranità.

Da questo punto d'avvio, dopo aver analizzato concretamente le tecniche dell'interpretazione all'interno della norma statutaria e nelle teorie della giurisprudenza sino alla soluzione appagante prospettata da Baldo, il tema da affrontare è circoscritto all'analisi dei rapporti tra il diritto comune e il diritto proprio dell'ordinamento particolare.

Ma qual è il significato di questo interrogativo? Cosa vuol dire indagare sui rapporti tra *ius commune* e *ius proprium*?

Seguendo la lezione del Professor Gualandi, abbiamo potuto notare che la sentenza proposta all'analisi faceva un preciso riferimento ad una norma implicita di rinvio, per trovare la disposizione normativa da applicare nel caso specifico in quanto lo Statuto sammarinese non presentava esprese volontà normative da poter utilizzare. Si ricorreva dunque ad una norma di "diritto comune", che richiamata veniva applicata in sostituzione del precetto

statutario mancante. Quindi cosa deve intendersi per diritto comune, e come si pone questo diritto che si presenta talvolta sussidiario e talvolta complementare al diritto proprio statutario?

La riflessione richiama l'analisi storica e dobbiamo riproporci, per comprendere, la serie di eventi che seguirono nel VI secolo l'introduzione del *Corpus iuris* di Giustiniano in Italia. Vedremo che questo ricordo non ci porta troppo lontano, in quanto si presenta come dato di sicuro riferimento rispetto a quanto accadrà nelle terre d'Occidente nei secoli che seguiranno, sia nella dimensione politica e sociale, che nella realtà territoriale e giuridica.

Infatti il frantumarsi di una tradizione giuridica e politica omogenea in Italia a causa dell'invasione longobarda, oltre ad accentuare i caratteri del distacco tra Oriente e Occidente, porterà una serie di conseguenze all'interno della società nei secoli successivi, che rifletteranno in modo inequivocabile lo smarrimento dei primi secoli di insediamento e di ricerca di equilibri delle nuove strutture della società e l'incertezza e il disagio del regime giuridico, affidato ad una tradizione consuetudinaria non omogenea e non regolata o corretta da un legislatore attivo.

Gli eventi storici sono a tutti noti. Sicuramente le terre italiane assorbirono la nuova legislazione romana che Giustiniano componeva nel complesso ed articolato disegno di innovazione e di conservazione della tradizione imperiale; e, se questa complessa realtà normativa si scompose nelle sue diverse parti, presentando per ciascuna di esse - Codice, Istituzioni, Digesto, Novelle - una storia particolare nella conservazione del testo e nella utilizzazione dei contenuti, il dato reale è che la prassi documenta una ininterrotta presenza della *lex Romana* accanto a tradizioni giuridiche diverse, come il diritto longobardo, utilizzata costantemente nella trasmissione degli atti privati, nel ricordo più o meno puntuale, nei riferimenti corretti o meno corretti dei testi. Francesco Calasso ha chiarito ampiamente nei suoi scritti questa persistenza e la valenza che assume la *lex Romana* a livello di tradizione e di prassi, di osservanza diffusa.

Accanto a questa impercettibile, ma vivissima presenza, dobbiamo considerare un altro elemento estremamente importante: la formazione nell'ambito della cultura occidentale di una realtà nuova, che è la tradizione cristiana. Proprio in questi anni di disagio e di ricomposizione del tessuto sociale la Chiesa si presenta inequivocabilmente come un centro di recupero e di conservazione della tradizione romana, e non soltanto come dimensione giuridica: è

tutto il mondo romano che viene trasmesso nella tradizione cristiana. E' la *pax Romana* nella quale la Chiesa aveva trovato la sua forza di espansione che viene in qualche modo evocata ed attesa come unico paradigma possibile di una realtà sociale pacificata e senza sussulti.

Di conseguenza la forza di aggregazione della tradizione cristiana si presenta non soltanto come forza unificatrice di una dimensione spirituale, ma anche come elemento vitale di tradizione, di conservazione del mondo romano che non deve scomparire. Furono questi i motivi che spinsero alcuni storici, e particolarmente Francesco Calasso, a cogliere nel momento della formazione in Occidente del Sacro Romano Impero, l'ideale che da una parte recuperava l'eredità politica di una sovranità imperiale evanescente e lontana, come era ormai quella bizantina superando nelle terre delle invasioni il quadro di una eccessiva frammentarietà, pur lasciando inalterato nel disegno politico di Carlo Magno il problema giuridico. E dall'altro fondava su basi reali il tentativo di recupero ad unità di una diffusa cultura cristiana, e il ruolo non soltanto spirituale che la Chiesa di Roma si preparava a svolgere in Occidente. Mi perdonerete se l'esposizione è svolta su grandi linee. E' in fondo soltanto un tracciato estremamente esile di una serie di eventi, molto complessi, che devono essere richiamati anche a livello di solo ricordo per chiarire quanto successivamente verrà detto più puntualmente come rapporto di ordinamenti e norme.

Con la *Renovatio Imperi* si attua quel principio di unità politica che rappresenta il momento d'incontro tra quella che diventerà la forza spirituale preminente in Occidente, nella dimensione cristiana, accentrata nel Vicario di Cristo, e l'ideale politico che ricompone un'antica tradizione romana. L'idea di Roma, riferita ad una dimensione politica mai tramontata, rappresenta costantemente per tutti i secoli del Medioevo il modello dell'unico ordinamento possibile in grado di superare ogni particolarismo, paradigma unico di ogni astrazione di sovranità.

Immagine paradigmatica di sovranità dunque, che tende a dilatare enormemente la sua valenza politica, accostandosi a quell'ideale di cristianità che è, per definizione e contenuto, universale e dalla quale viene portata ad assumere un'estensione massima, sconfinata, universale essa stessa. Naturalmente questo non sta ad indicare quell'idea della monarchia universale, spirituale e temporale, che fu prospettata da Giuseppe Ermini, come due aspetti di una medesima realtà, perfettamente coincidenti nelle due rispettive aree d'influenza.

Infatti se nell'ideale politico imperiale si prospetta una *reductio ad unitatem* che viene a superare la frammentarietà delle situazioni particolari rintracciabili nell'estensione territoriale sulla quale teoricamente questa sovranità estende la sua ombra, nella *reductio ad unitatem* dell'immagine cristiana della Chiesa e del *corpus Christianorum* si attua l'effettiva estensione di una visione onnicomprensiva di ogni essere umano, come parte di un unico popolo di Dio. Radici unitarie della dimensione temporale e dell'aspirazione spirituale; l'immagine gelasiana delle due spade, *in temporalibus et in spiritualibus*, dava contenuti e suggestioni comuni ai supremi vertici carismatici della società medievale.

Di conseguenza la visione universale del potere dell'Imperatore e del Papa, traggono i primi spunti nel rinnovarsi di un sacro Impero romano in Occidente. Evento che si caricherà di elementi ideali al di là della situazione storica del momento, recuperando una tradizione precedente vista con occhi nuovi. Il Vicario di Cristo e l'Imperatore tendono alla salvezza dell'umanità. Ideali di giustizia attuata e di giustizia soprannaturale, che coincidono nella visione cristiana dell'uomo medievale, ponendo nella realtà politica le stesse valenze della realtà religiosa.

Quindi se la visione dell'Ermini a noi può non soddisfare come accostamento di due dimensioni diseguali, la spirituale e la temporale, ha il merito di far capire come questo cardine fondamentale della vita medioevale potesse poi riflettere i suoi aspetti reali effettivi anche nell'ambito della vita giuridica. Questo perché come esisteva un potere laico che contemplava e prendeva in considerazione la realtà religiosa come aspetto essenziale della realtà spirituale, non diversamente la norma laica si poneva accanto alla norma canonica. Di conseguenza esistono due ordini di recupero della dimensione del mondo giuridico con caratteri unitari. Alla base della tradizione e della prassi abbiamo il recupero di una *lex Romana* come la più diffusa, e la più conosciuta, che anche nella tradizione e poi nella legislazione canonica si presenta come l'unica legge a cui riferirsi.

Negli anni dell'organizzazione della vita secondo nuove categorie giuridiche avviene la ricomposizione della tradizione romana, non soltanto attraverso quelle che erano state le opere scomposte, conservate o tramandate nell'ambito della prassi, ma anche nell'affermarsi di una voce culturale che recupera la tradizione del passato e che ricompone materialmente la tradizione romana.

E' quindi nel momento della nascita dell'Università che quanto a livello consuetudinario era conservato in questi territori, insensibilmente e con gradualità, acquista una rilevanza giuridica nuova, come nuove appaiono le nascenti strutture comunali e gli Stati nazionali.

Attraverso l'analisi del testo giustiniano, ritrovato ed analizzato in tutte le sue parti, l'interprete si pone all'interno di questa realtà in movimento come occhio del tempo. Recupera la tradizione giuridica romana e la interpreta come diritto vigente e riconduce le situazioni e le relazioni giuridiche del mondo nel quale vive ai principi di diritto romano, applicandolo come norma attuale e vincolante.

Ma c'è qualcosa di più, ed è il tentativo di organizzare tutto questo materiale non soltanto per definire una regola all'interno delle necessità tipiche del vivere quotidiano, ma anche per fornire la base testuale ad una ideologia dell'assolutismo imperiale e, in un determinato volgare di eventi, dare il supporto alla crescente ingerenza del Pontefice nelle vicende politiche dei territori d'Occidente con una visione laica del potere spirituale, ed alla rinnovata politica imperiale le basi giuridiche di quella sovranità eminente che le viene riconosciuta.

La sovranità del Papa e la visione politica dell'Impero universale sollecitano il superamento della frammentarietà giuridica all'interno dei due ordinamenti. Nel mondo laico si ripropone la tradizione romana del *Corpus iuris* di Giustiniano, resa effettiva dallo studio esegetico dei testi ritrovati e composti, e soprattutto attraverso la coscienza di una ininterrotta vitalità e vigenza anche nell'ambito di una società profondamente mutata.

Nel mondo religioso la dimensione di questa legge recuperata e riemessa con nuovo vigore nella sfera temporale consente la crescita di un'altra realtà, che gradatamente si è formata e affinata sulle comuni radici romane e si configura nell'aspetto temporale dell'ordinamento canonico che rappresenta nel medesimo volgare di anni l'apporto dell'organizzazione della Chiesa accanto alla norma laica.

Nasce così l'immagine di un ordinamento di carattere generale, universale, che si adatta all'idea della sovranità del momento: la *lex Romana* come legge dell'Imperatore, l'Imperatore come fonte normativa per eccellenza. Teorizzazione che era costantemente presente nelle opere altomedievali e che non tramonta nelle tematiche ricorrenti nell'ambito di quella cultura, che darà poi origine alla più

tecnica esplicazione nel solco della tradizione trasmessa dalla Scuola di Bologna.

Sono dunque formazioni contemporanee: l'organizzazione di un ordinamento canonico che, partendo da questo recupero delle fonti e della tradizione canonica, inizia attraverso il Decreto di Graziano a raccogliere anche quella che sarà poi la successiva legislazione dei pontefici in un disegno unitario, e l'Università e la scienza del diritto che si rendono forze attive nel superare gli anni della dispersione delle fonti legislative romane. Questa realtà duplice di raccolte, di ordinamenti, di formazioni di fonti, è il cardine dell'*utrumque ius* che riflette all'interno di questa concezione universale l'aspetto laico e l'aspetto spirituale della norma.

Dimensione che appare nello stesso tempo spirituale e temporale, nella visione politica del momento e sollecita un ordine che si fa sistema di diritto comune, che vede all'interno della sua dimensione, due elementi di carattere universale che sono lo *ius canonicum* e lo *ius civile*, non in contrasto tra loro ma complementari, pronti a definire le situazioni offerte dalla realtà del momento.

Naturalmente la scienza giuridica è l'elemento costruttivo sia del sistema stesso, sia all'interno nell'aspetto dinamico di esso, come operazione costante di interpretazione e di attuazione. Quindi elemento vivo, elemento di coagulazione e anche elemento di recupero di quella realtà che noi abbiamo finora lasciato in disparte: lo *ius proprium*. Come lo poniamo noi all'interno di questo sistema? Lo *ius proprium* si pone all'interno del sistema del diritto comune senza contrasto.

Come elemento di costruzione del sistema stesso, con caratteri di elemento particolare che si contrappone logicamente all'ordinamento universale, concetto sottolineato nella precedente lezione parlando di un ordinamento particolare che per certi aspetti presupponeva o traeva determinati suoi motivi di esistenza dalla possibilità di far parte di un ordinamento giuridico di carattere universale. Vi ricordate quelle tensioni sulla nascita, e quindi sulla possibilità della norma statutaria che poteva avere vita in un determinato sistema? Ugualmente a mio avviso nell'ambito di questa visione di carattere universale, possiamo collocare tranquillamente lo *ius proprium*, che da una parte recupera una tradizione della società del tempo con esigenze di tipo territoriale e, nello stesso tempo, presuppone e si coordina ad un ordinamento considerato universale.

In tal modo possiamo comprendere perchè gli statuti di San Marino rimandino al diritto comune per integrare le norme dello statuto stesso, qualora non sia possibile rintracciare una disciplina espressa del caso concreto. Si accentua questo rapporto di stretto legame mobile che coordina la norma particolare vigente in una determinata area territoriale e la norma di diritto comune, per definizione universale nel suo duplice aspetto civile e canonico.

Da quanto è stato detto si chiarisce il problema prospettato dal Professor Gualandi: nel caso esaminato si poteva fare riferimento tranquillamente ai due ordinamenti - civile e canonico - in materia matrimoniale. Il Calamandrei richiamando la possibilità di passare dalla norma statutaria al diritto comune per rintracciare una disposizione atta a disciplinare la fattispecie che veniva proposta, con indifferenza utilizzava il precetto reperito nell'ambito del diritto canonico, poichè *ratione materiae* il matrimonio era sottratto ad una disciplina di stretto diritto romano, di conseguenza ricorreva al diritto canonico come parte integrante del diritto comune (dell'*utrumque ius*: l'uno e l'altro diritto appunto), di conseguenza la norma canonica poteva venire applicata senza portare squilibri di principio e come integrazione della fonte sammarinese. Infatti il Professor Gualandi era perplesso nel progressivo procedere dell'interpretazione del Calamandrei che successivamente utilizzava le disposizioni del Codice canonico. A mio avviso nell'ottica del giurista la norma di diritto canonico da rintracciare passava attraverso l'interpretazione del Sanchez e quindi della dottrina canonistica, per poi esaminare, come momento d'arrivo conclusivo, la norma espressa del Codice di diritto canonico.

Così proposto il sistema appare ricco, estremamente mobile e aperto. Tant'è vero che non si cristallizza in un determinato periodo storico: la dinamica che lo muove all'interno si fa carico della situazione reale proposta dal diritto dell'ordinamento particolare che tende a superare i confini dell'ordinamento più circoscritto in caso di lacuna. Il rapporto di maggiore o minore integrazione tra i due ordinamenti è determinato dalle situazioni storiche, politiche e territoriali in cui si propone.

La scienza giuridica e gli interpreti dei testi giustiniani nell'analisi e nella costruzione di un sistema normativo, che appare per definizione perfetto e insuperato, portano anche al di là dei confini italiani una cultura giuridica impregnata di questa certezza. Non a caso nasce attraverso la diffusione della cultura giuridica proposta nella Università di Bologna la spinta vitale destinata alla

formazione di nuovi centri di cultura in tutta l'Europa, che determinerà la formazione di tecnici ed interpreti del diritto romano che ripropongono all'interno dei rispettivi Paesi quei problemi di tensione e di integrazione - ove possibile - di ordinamenti. Infatti negli Stati nazionali si forma gradualmente un diritto nazionale - uno *ius proprium*, in senso lato, che viene esaminato ed elaborato da un ceto di giuristi prevalentemente formati nelle Università che ripropongono, come a Bologna, un sistema normativo teoricamente perfetto.

Grava sull'interprete il difficile compito di dosare e cogliere i complessi legami tra i principi espressi del diritto comune e le possibilità di rendere attuali, all'interno di un determinato momento della società nella quale operano, quei cardini del ragionare giuridico che hanno assimilato attraverso le categorie logiche, gli istituti, e il linguaggio della nuova cultura.

Perchè ricordiamo questo? Perchè anche nei territori europei si è formato uno *ius proprium*. Esiste un diritto nazionale che sicuramente si trova ad affrontare un problema di conflittualità con questo sistema normativo teoricamente perfetto.

\*

\*\*

Ieri abbiamo cercato di delineare, con un'operazione di sintesi, quello che deve intendersi per "sistema del diritto comune" quale esso emerge attraverso le fonti, puntualizzando come e quando questo fenomeno si propone come dimensione storico-giuridica. Abbiamo analizzato i nessi che lo collegano alla pluralità di ordinamenti, tipica del mondo medievale. Nei nostri incontri abbiamo privilegiato come punto d'avvio le norme statutarie di San Marino fonte di *ius proprium* - e dall'indagine sul concreto testo delle rubriche dello statuto siamo gradualmente risaliti ad una ricca relazione di norme che si compongono e si completano in un sistema coordinato di rapporti, che consente all'interprete dei nostri giorni di giovare ancora di una struttura normativa articolata e complessa che supera gli schemi rigidi di un insieme di norme, ordinate a codice chiuso, in un ordine compatto di principi generali e di precetti particolari.

Chiarito in questa ottica ciò che abbiamo inteso come "sistema del diritto comune", rimane da approfondire per completezza e a maggior chiarimento quali furono le soluzioni della storiografia dinanzi al problema storico del diritto comune e quali sono stati i contenuti e le definizioni che gli storici del diritto hanno elaborato su questo complesso fenomeno giuridico. Tema, peraltro, che non poteva certo essere trascurato nel momento in cui si dava l'avvio ad una storia giuridica dei territori italiani, storia nella quale la formazione del diritto comune rappresenta un momento centrale. Non a caso Francesco Calasso, ricordando l'intuizione di Enrico Besta, e intervenendo sul problema dell'interpretazione storica di questo fatto culturale ed assorbente della civiltà giuridica occidentale, ribadiva la sua opinione, già espressa in anni precedenti, che non poteva proporsi un problema del diritto comune che non fosse anche della storia del diritto italiano (*Introduzione al diritto comune*, 1951, p. 81). Ma in che senso? Nel senso calassiano che l'individuazione di questo ricco fenomeno storico veniva a rappresentare l'elemento unificante della storia giuridica d'Italia. Secondo l'opinione più diffusa in quegli anni, si parlava di un diritto romano "ammodernato" per comprendere la nuova vita che sembrava ripercorrere le sparse e poi ricomposte testimonianze delle leggi giustinianee. Dalla tradizione romana riproposta dalla scuola di Bologna tutta l'elaborazione della giurisprudenza avrebbe adattato alle nuove condizioni di vita i principi romani. Nè si sottraevano a questa prima definizione del diritto comune studiosi illustri come il Brugi e il Besta.

Per semplificare questo itinerario di analisi e di metodo storico, ed anche per chiarire in che modo dalla molteplicità di fonti normative vigenti nel medioevo sorga e s'imponga un elemento unificatore della vita giuridica, che Calasso vide e discusse come "sistema" e che allora fu chiamato più semplicemente "diritto comune", inglobando nel suo significato universale il concetto unificante di sistema, ripercorreremo qualche sentiero già noto rintracciando quegli elementi che possono sembrare esterni alla vita del diritto, ma che in realtà sono con esso intimamente legati. Senza queste chiavi interpretative la costruzione rimane astratta, fredda e forse inutile.

Pluralità di ordinamenti, dunque: non secondo la definizione odierna, ma nella prospettiva medievale, per la quale la *reductio ad unitatem* non diventava un espediente dialettico o una pretestuosa retorica invocazione tesa a giustificare l'idea che affascinerà lo

storico nel ritrovare quel passato, ma piuttosto l'unica possibile interpretazione in armonia con l'effettivo sentire del tempo.

L'*unum ius cum unum sit Imperium* espresso nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* rende efficacemente questo rapporto, che ad alcuni parve incompatibile con le vicende storiche del tempo e che invece fu non soltanto aspirazione di pochi, o sogno, o utopia, ma che rifletteva una percezione diffusa e concretamente vissuta.

Come di consueto, furono molti gli elementi della vita religiosa, politica e culturale che concorsero a determinare quella che apparve quasi all'improvviso una realtà affermata e già da tempo intravista.

Forse non è troppo lontano dal vero il Kantorowicz quando ricorda che i civilisti contemporanei ad Uguccione da Pisa (1187 - 1191) fondandosi su un vocabolario di diritto romano e sulle espressioni di alcuni autori latini come Seneca e Vegezio, cominciarono a definire l'Imperatore *deus in terris, deus terrenus, deus praesens*. Davano per scontato, fondandosi sui testi che utilizzavano, che il principe si ponesse come Vicario di Dio, in quanto *pater subiectionum*. Come padre del popolo l'immagine del sovrano adombrava una vaga rassomiglianza con l'invisibile Padre dei Cieli, laddove il vicario del visibile Dio incarnato, del Cristo, Dio-uomo era il Sacerdote che era posto al sommo della gerarchia ecclesiastica.

Questa confusione di linguaggi e di simboli presenti nella iconografia e nelle opere del tempo di qualunque carattere, come semplici manifestazioni di una realtà viva, lasciano intravedere come al di là delle lucide intuizioni dello storico la realtà si manifesta in innumerevoli sfaccettature che compongono un quadro che non è suscettibile di un'unica interpretazione. Infatti questa idea del sovrano simile a Dio, o quale esecutore dei suoi disegni, aveva precedenti risalenti, anche in testi sacri. Nel periodo carolingio, sotto l'influenza degli ordini che tendono a rendere progressivamente sacrale e liturgica l'idea della regalità e l'ufficio regale, anche i titoli maiestatici riferiti al Cristo cominciano a predominare sugli altri. Questo comporta da un lato l'attenuarsi nei contenuti degli attributi dei sovrani temporali e il legame ad un'immagine di Vicario di Dio, dall'altro la progressiva identificazione dell'appellativo di Vicario di Cristo, attribuito al Pontefice, rivendicato in modo prevalente dalla gerarchia ecclesiastica, e divenuto suo titolo esclusivo.

Come nelle forme esteriori l'immagine di una sovranità, dalla doppia valenza, spirituale e temporale utilizzava le stesse espressioni, le stesse immagini, spesso identici riti di consacrazione e identici oneri nei confronti di una umanità da governare e guidare, così non diversamente i contenuti del vivere quotidiano si caricavano di attese ideali o di legami a tradizioni riferibili al potere, comunque esercitato nel territorio nel quale si viveva.

Non erano dunque espressioni enfatiche e prive di significato quelle che apparvero a Francesco Calasso come indicative di un momento determinante di questa *reductio ad unitatem*, che coinvolgeva non soltanto un'idea paradigmatica e lontana di sovranità, astratta ed evanescente e forse poco percepibile; ma, quel che conta era l'immagine stessa del Sovrano, che veniva così proposta ed evocata. Assorbente e totalizzante quanto poteva essere emotivamente ricca un'immagine mistica.

Di conseguenza la legge che nasceva dalla volontà del sovrano e che aveva come fine ultimo l'attuazione di una giustizia terrena, sempre subordinata alla trascendente trasfigurazione del *suum cuique tribuere*, attraverso l'*aequitas* dava contenuti di umana proporzione ad un precetto astratto che avrebbe potuto presentarsi ingiusto soltanto perchè privato di quell'elemento particolare che lo avvicinava alla vita, e calibrava di fatto il rapporto uomo-norma.

Questa legge, giusta per definizione, astratta per necessità e dilatata nella visione del tempo, non poteva che coincidere con quella legge romana, riscoperta nei *libri legales*, che conteneva questa immagine del sovrano bizantino reggitore assoluto del mondo e pio: inserito nell'etica cristiana e tutore della Chiesa fondata e voluta dal Cristo. Ma è anche la legge riferita al mondo romano che non è certo una costruzione dovuta alla scuola di Bologna, anzi appare chiaramente come una dimensione giuridica recuperata attraverso una continuità di tono minore, conservata nella prassi o nell'ambito della tradizione canonica, che si riallacciava dalla vita reale alla visione ideale. Nelle lezioni precedenti abbiamo chiaramente individuato che la matrice sulla quale si articola e si forma l'ossatura del diritto canonico è di tradizione romana; di conseguenza anche la Chiesa vive secondo la legge romana e ne conserva le regole e le norme. Nei testi del tempo vediamo sistematicamente affermato questo principio.

Quindi la sintesi del "sistema del diritto comune", nella riflessione di Francesco Calasso, si fa carico di recuperare all'interno dell'operare giuridico i molti elementi, spesso contrastanti, che fanno

parte del mondo medievale, ordinandoli secondo quei valori fondamentali posti alla base della società.

Infatti la ricerca storica dei primi anni del Novecento doveva ridurre ad unità un periodo della storia d'Italia che appariva particolarmente frammentata e compromessa dalla presenza delle invasioni, che oltre a lacerare l'omogeneo profilo della società tardo-imperiale, la scompaginava nella dimensione politica e territoriale. Ma se la dispersione della legislazione di Giustiniano, dopo l'invasione longobarda e le complesse vicende delle singole parti del *Corpus iuris*, rendeva oscuri questi itinerari di conservazione e di trasmissione, ancora più difficile si rivelava allo storico lo scoprire i molteplici fili che testimoniavano nella prassi un'esile ma vitalissima tradizione giuridica romana.

Tanto vitale da brillare quasi di vita nuova in quello che fu chiamato il "rinascimento giuridico" dei secoli XII e XIII espresso in forma unica in Italia, che ne costituì il primo centro di irradiazione. Bisognava dunque colmare quei vuoti di tradizione e capire come e perchè si arrivasse al problema storico che oggi ci impegna.

Quei cinque secoli che separavano l'introduzione della legislazione giustiniana in Italia fino alla nascita della scuola di Bologna, che ne testimoniava l'immutato vigore e la nuova valenza scientifica dopo il Mille, rappresentavano quell'incolmabile vuoto di regresso civile, in cui l'unico polo positivo era la nascita della Chiesa, erede della civiltà di Roma, trasfigurata nella visione cristiana della vita. In realtà questo ampio vuoto rappresentò per Francesco Calasso l'assurdo valico da superare, perchè da quei secoli chiamati bui intravedeva nascere la forza vitale e le spinte reali che si sarebbero rivelate nel momento della ricomposizione del tessuto sociale, dopo il Mille. Così se gli storici che lo avevano preceduto, cercando di dare una soluzione appagante al problema storico del diritto comune, erano prevalentemente romanisti, in quanto era delle sorti del diritto romano dopo il VI secolo che ci si preoccupava, l'analisi non si sottrasse nè alle suggestioni della storiografia romantica, con i suoi contrasti forti di morte e rinascita, nè alle implicazioni di una storiografia positivista con i suoi problemi di causa ed effetto e l'analisi dei "fattori" o degli elementi da rintracciare all'interno di un fenomeno storico.

Già Vittorio Scialoja e Salvatore Riccobono avevano avvertito la necessità di colmare questa enorme lacuna tra il diritto romano che si appannava e la trasformazione profonda che ne risultava nel medioevo attraverso la "rinascita culturale" che lo accompagnava



sino alle soglie del diritto moderno. Ma in quegli anni erano fortissime le suggestioni della Pandettistica tedesca, che aveva utilizzato l'esperienza scientifica dei secoli che l'avevano preceduta quasi a concludere quel grande movimento di pensiero nato sull'interpretazione dei testi giustiniani prendendo l'avvio proprio dall'attività della giurisprudenza italiana del periodo del diritto comune. E la nostra romanistica sembrò seguirne le indicazioni, accentuando quella ricerca archeologica dei resti del diritto romano nei secoli del medioevo che la connotava. Così mentre la storiografica tedesca dilatava nello studio della germanistica i confini d'influenza del diritto germanico, coinvolgendo anche i territori italiani, il grande Savigny consacrò nella sua opera fondamentale l'impostazione di queste ricerche, ponendosi da un lato sulle tracce delle testimonianze del diritto romano in Occidente nei secoli dell'alto medioevo, e dall'altro ricercando i frammenti dispersi che potessero documentare l'attività di quei giuristi che furono testimoni e parte integrante di quel meraviglioso evento culturale che fu la rinascita scientifica dello studio del diritto.

Quindi di qua e di là dal vuoto. Così non può stupire che Pietro Bonfante immagini ancora due storie del diritto romano, l'una classica, l'altra medioevale e moderna (*Diritto romano*, Firenze 1900, p. 101 ss.), o che Paolo Vinogradoff descriva come un'ombra errante senza corpo la reviviscenza del diritto romano nel medioevo: "quasi fantasma" (Vinogradoff, *Roman law in medieval Europe*, London 1909).

Legate a questa visione del problema, che sottolineava più la cesura che le ragioni effettive che avevano determinato i caratteri della nuova scienza del diritto comune, sono le immagini connesse ad una evoluzione naturale del diritto romano nei secoli successivi formulate dal Riccobono e dal Brugi. Probabilmente volevano togliere di mezzo quell'incredibile e buio silenzio di secoli. Riannodavano la sfilacciata appendice di una tradizione romana, nella quale anche se venivano alterati gli originali caratteri del diritto romano classico, era possibile rintracciare i contenuti giuridici che conservava, e permetteva di pensare ad una evoluzione naturale del diritto vivo per i bisogni nuovi della società (Riccobono), oppure ad un'interpretazione ad opera della giurisprudenza, mediatrice tra il diritto antico riscoperto e studiato, e il mutare dei tempi: un diritto romano "ammodernato" (Brugi).

La riflessione storica non trovò subito soluzioni appaganti. Ancora il Roberti non riesce a dare contenuto giuridico all'interno

della categoria storica. Si riconosce il ruolo preminente della giurisprudenza, come per il Koschaker, che sottolinea l'importanza delle correnti scolastiche e culturali che, formate nelle Università italiane, ripetono l'esperienza per tutta l'Europa, innestando all'antico tronco romanistico una tecnica di interpretazione evolutiva che accompagna la scienza giuridica sino alle codificazioni.

Ma come è facile sottolineare, non è questo il diritto comune, o più esattamente non è soltanto questo.

Le oscillazioni della storiografia, legata ancora agli indirizzi caratterizzanti del secolo precedente, segnarono il dibattito su una parte della nostra storia del diritto ancora tutta da scoprire; e infatti si mutò orientamento proprio quando la ricostruzione storica del periodo individuato come l'antefatto del diritto comune si staccò sia dalle trite polemiche sul germanesimo e il romanesimo - e quindi dalla romanistica - sia dalla visione riduttiva della sola esperienza scolastica. L'impatto della ricostruzione storica calassiana determinò in modo fondamentale il nuovo orientamento degli studi e delle ricerche, riflettendo le nuove prospettive della storiografia idealistica e recuperando quella zona d'ombra che poteva rappresentare la chiave di lettura del difficile momento di passaggio tra mondo antico e medioevo.

Non a caso Giuseppe Ermini, riflettendo sulla visione globale che venne a farsi strada nell'età di mezzo, notò in quella *reductio ad unitatem*, ricordata più volte, le forme chiarissime di un'unica Monarchia universale, imperiale e pontificia, che nei due aspetti coincidenti, civile e canonico, rappresentava la base istituzionale dell'aspirazione politica del tempo. Di conseguenza in questa ottica veniva assorbita la visione di un unico universale diritto romano-cristiano (*Corso di diritto comune*, p. 7 ss.). L'uno e l'altro diritto, *l'utrumque ius*, rappresentavano l'ordinamento giuridico universale dell'Impero universale, due ordinamenti pari ordinati che si integravano reciprocamente nello stesso modo con cui apparivano perfettamente aderenti, come due aspetti di una medesima realtà, l'Impero e la Chiesa nella loro dilatazione onnicomprensiva. Quindi espressione di una cultura unitaria e duplice apparenza di un solo diritto, il diritto comune. Naturalmente in questa costruzione non poteva trovare posto l'elemento particolare, lo *ius proprium*, che l'Ermini considererà "elemento" posto al di fuori della logica unitaria dello stretto binomio diritto romano-diritto canonico.

Anche per Evaristo Carusi *l'utrumque ius* è la base universalistica del diritto comune. Ma la visione dello storico non

coglie elementi di stretta connessione tra i due ordinamenti, anzi l'uno e l'altro diritto stanno ad indicare più la separazione, tra l'uno e l'altro, che un indistinto elemento di coesione. E' per Carusi lo spirito cristiano il cardine unificante che modifica il diritto romano e che crea il diritto comune (*Utrumque ius. Problemi e prospettive*). Se in tal modo si ancorava la formazione delle basi universalistiche di un diritto comune, come astrazione di un ordinamento giuridico riferito ad una sovranità dal doppio volto, per definizione universale, il problema veniva a spostarsi e non era più l'analisi su quel che restava del diritto romano o sulla sua continuità e la sua folgorante rinascita, ma sui suoi contenuti, e i suoi legami con i motivi dominanti di quegli anni e profondamente sentiti anche nella vita giuridica.

L'Ermini e il Carusi, in modi diversi avevano colto queste basi universali, che troviamo costantemente ricordate nel sistema intuito dal Calasso. L'*Utrumque ius* appare nel diritto comune come riflesso della concezione politica giuridica ed etico-religiosa della società medievale, ma a questo ordinamento dal duplice aspetto e con uguale valenza si collega, e qui si sviluppa l'idea del "sistema", lo *ius proprium* prodotto dagli ordinamenti particolari. Infatti come abbiamo più volte notato in queste lezioni, nell'ordinamento particolare non accadeva che il legislatore emettesse norme astraendosi da un ordinamento superiore più ampio. Lo *ius proprium* nasceva naturalmente vincolato all'*utrumque ius*, sia che si svolgesse in conformità di questo, sia che ne rappresentasse una deviazione": sono queste le parole di Francesco Calasso e credo che non abbiano bisogno di ulteriori spiegazioni (*Introduzione*, p. 112).

Non a caso in occasione di un Convegno di Studi in onore di Giuseppe Ermini, che aveva come tema "Il diritto comune e la tradizione giuridica europea" - è trascorso poco più di un decennio - illustri storici del diritto valutarono non soltanto il pensiero dell'Ermini, necessario interlocutore sia come protagonista onorato dell'incontro, ma anche come studioso tra i primi del problema storico del diritto comune, ma come punto di riferimento necessario anche il pensiero di Francesco Calasso.

Guido Astuti, analizzando l'opera dell'Ermini, chiariva, pur condividendo in larga misura la visione del "sistema" del diritto comune, che era necessario superare le troppe astrazioni proposte per vedere in un'ottica più aderente allo svolgimento stesso del fenomeno storico "un sistema di formazione essenzialmente giurisprudenziale: anche del *ius commune*, come dell'antico *ius*

civile, ben può dirsi con la formula di un celebre testo che "*in sola interpretatione consistit*" (p. 14). Da questo distacco dalla complessa ricostruzione prospettata dal Calasso e dall'Ermini, nasce una più puntuale critica al "periodizzamento" proposto dal Calasso stesso, per valutare le vicende nel volgere dei secoli del rapporto *ius commune* - *ius proprium* non soltanto nei territori italiani, ma anche nella sua diffusione in Europa. Allargando le obiezioni mosse dallo stesso Ermini al "periodizzamento", l'Astuti precisa: "Il diritto giustiniano venne accettato come *ius commune* perchè era un sistema positivo organico, un sistema scientificamente elaborato dalla giurisprudenza, mentre le altre fonti dei diversi ordinamenti (fatta naturalmente eccezione per il diritto canonico, che era anche esso diritto comune e che peraltro si sviluppò sotto il costante influsso del diritto romano) non acquistarono dignità di sistemi autonomi, nè mai furono considerati come tali" (p. 21).

Anche Giovanni Cassandro, affrontando il tema di fondo della genesi del diritto comune e ripercorrendo non solo gli itinerari per ritrovare nel momento storico in cui si propone quel concreto corpo di norme che vive nell'applicazione quotidiana della società per la quale è reso effettivo, si dimostra perplesso dinanzi alle proposte della storiografia, che lo ha preceduto. Non lo appaga "l'inscindibile connubio" dell'*Utrumque ius* che "non si celebrò mai tra i due poteri, che usa chiamare universali, nè tra gli ordinamenti nei quali essi si organizzavano e si risolvevano" (p. 89). Fu dunque un mero problema di confini e non si operò mai una sintesi, nell'ambito del diritto comune, dell'uno e l'altro diritto e insieme anche del diritto consuetudinario e statutario.

Da una revisione del pensiero di molti autori come l'Ermini, il Carusi, il Calasso, il Trusen, l'Autore ritiene di poter individuare che (p. 85) "alle soglie di quell'età che molti intitolarono al diritto comune, diritto civile e diritto canonico sono l'uno e l'altro "gelehrte Rechte" "droits savants" e il loro sviluppo ulteriore, nella vita che non ha mai posa, avvenne per opera di un ceto di giuristi dotto.. [che] introducono il diritto nuovo elaborato nelle scuole e costruiscono un sistema di rapporti coi diritti vigenti, quasi tutti consuetudinari". Ritornava Cassandro a quella sua visione del diritto comune come diritto romano giustiniano, così come l'interpretazione della giurisprudenza lo proponeva nella società nella quale operava: il sistema, orizzontale e non verticale, nacque quando *ius commune* e *ius proprium* regolarono i loro rapporti di

integrazione, fondati su espresse disposizioni del legislatore dell'ordinamento particolare (*Lezioni di diritto comune*, p. 286).

Il pensiero di Francesco Calasso è l'argomento centrale delle pagine dedicate espressamente al diritto comune da Bruno Paradisi. L'Autore pur riconoscendo l'indiscutibile merito e lo sforzo costruttivo del sistema calassiano, non si appaga di quel legame tra concezione universale dell'Impero ed esigenza di un diritto romano considerato come diritto dell'imperatore e di conseguenza assorbito nella visione universalistica della sovranità; anzi "Un'interpretazione della realtà storica che pretenda di far discendere la vita del diritto romano e del canonico e i loro reciproci rapporti in quell'età cruciale della civiltà europea dalla teoria...[dell'armonia dei due poteri universali] rischia di diventare un falso problema e di alterare in modo irrimediabile l'interpretazione del *ius commune* e della dottrina che si svolse intorno ad esso" (p. 194). L'ampia analisi critica del Paradisi, che affronta tutte le possibili angolazioni del ragionare storico di Francesco Calasso, coinvolge, oltre all'Autore esaminato anche aspetti ampissimi che ruotano intorno al problema, perchè il sistema del diritto comune "può essere definito come "un sistema legislativo" o meglio "normativo", solo in quanto il sistema si riconosca come un prodotto della speculazione dottrinale che ha costruito i propri ragionamenti collegando tra loro i testi ed appoggiandosi ad essi, non nell'intento di erigere un unico sistema coerente, ma tanti sistemi parziali e comunque controvertibili" (p.297).

L'*Utrumque ius* come base universalistica del diritto comune ritorna nel pensiero di A.M. Stickler, che vede di questi due ordinamenti giuridici, civile e canonico, la compenetrazione sia attraverso l'elaborazione scientifica che nell'applicazione pratica in forza del rapporto tra i loro rappresentanti supremi l'Imperatore e il Papa (p. 425). "Per questo i due diritti non solo godevano di pari considerazione, ma proprio per questo potevano costituire quel *ius commune* nel senso più largo della parola che ha dominato per secoli e plasmato l'ordine giuridico europeo".

La breve rassegna di parte della storiografia sul tema proposto impone delle conclusioni. Sicuramente il dibattito, iniziato nella prima metà del Novecento, non si è ancora esaurito. L'indagine ha superato il vuoto oscuro di quegli anni di silenzio che lasciava perplessi gli storici del diritto alla ricerca dei relitti del diritto romano. La riflessione storica non si è ancora appagata di ricostruzioni e di definizioni e probabilmente, come accade sempre nei nostri studi,

ogni generazione porterà avanti un frammento di verità, aiutata in questa opera di chiarificazione dal grande lavoro di filologia e di esegesi delle fonti più disparate che soccorre con nuove testimonianze le operazioni di sintesi storica. Ma ancora oggi, al di là del sistema del diritto comune intuito da Francesco Calasso, la storiografia rimane divisa tra questa visione, che sembra staccarsi da una realtà storica sensibile di un ordinamento universale che ripropone allo storico attuale paure di astrazione e di irrealtà, e la più ricorrente immagine di un diritto comune come "diritto della giurisprudenza" o "dei giuristi", come elaborazione complessa d'intrepreti sulla grande inesauribile miniera del diritto romano.

Note a margine:  
Jemolo per la Signora Tonnini

Il tema dei nostri incontri prende lo spunto da una memoria per una causa definita in San Marino con sentenza emanata il 28 agosto 1938 (causa 75/1936 *Giur. Samm.* 1963 p. 78). Causa che si giovò di un parere, sollecitato dall'Avv. Teodoro Lonfernini ad A.C. Jemolo, in appoggio ad una memoria di parte presentata dagli Avv. Lonfernini-Forcellini a favore della Sig.ra Agrippina Tonnini (Parere pubbl. in *Miscellanea* dell'Ist. Giur. Samm., n.1, febb. 1991). Tale parere, allegato agli atti della causa insieme alla memoria degli avvocati di parte, venne formulato da Jemolo nell'agosto 1937.

La situazione di fatto che aveva determinato la vertenza poneva un particolare caso di successione. Il *de cuius*, Giovanni Palotta, non avendo fatto testamento e non avendo come legittimati alla successione discendenti o ascendenti di primo grado, o collaterali di secondo grado, consentiva nella successione legittima il concorso dei parenti prossimi. Parenti che erano: la Agrippina Tonnini, zia del Palotta in quanto sorella uterina della madre del defunto, e di conseguenza parente di terzo grado. E i cugini germani del Palotta, figli di un fratello del padre e figli di due fratelli della madre: di conseguenza parenti di quarto grado.

Jemolo chiariva che sulla base del disposto dell'art. 730 c.c. italiano (del 1865) [art. 536 c.c. 1942] la Tonnini appariva la parente più prossima, che escludeva dalla successione i parenti più remoti, in quanto cugini, che avrebbero potuto in qualche modo vantare il diritto alla successione in virtù della rappresentazione dei rispettivi

genitori, fratelli paterni e materni del Palotta; ma la rappresentazione in questo caso non poteva essere invocata, in quanto tale diritto veniva ammesso dalla legge soltanto in linea discendente per i fratelli e le sorelle del *de cuius* (ex art. 732 c.c. 1865, [poi art. 468 del c.c. del 1942]). In più, precisava Jemolo, la qualità di sorella della madre del *de cuius* avrebbe consentito alla Tonnini di concorrere con uguali diritti insieme ai genitori (fratelli materni e paterni del Palotta) degli aspiranti all'eredità, discendenti dei collaterali.

Jemolo ricordava dunque i caratteri che qualificavano la preferenza dei successibili nella vocazione legittima all'eredità, secondo l'ordinamento italiano, appartenenti tutti alla classe più importante che è quella familiare. Brevemente ricordava il sistema misto accolto dal nostro ordinamento che unisce la regola del sistema lineare, di tradizione romana, che indica la graduatoria degli ordini successori: discendenti, ascendenti, collaterali, dove la prima esclude la seconda, la seconda la terza e così via; con l'altra graduatoria, di tradizione germanica, che nell'ambito di ciascun ordine vede regolare la preferenza in ordine al grado, dove il parente più prossimo esclude il più remoto, come nel caso esaminato.

Eccezione al principio della gradualità - o dei gradi - si ha nella chiamata per rappresentazione, probabilmente invocata dalla controparte.

Ma in questo caso come è stato già detto, derogare al principio - regola della prossimità del grado mediante la rappresentazione nel grado dell'ascendente o del discendente in linea retta è possibile soltanto per i collaterali.

Tutto questo alla luce delle norme dell'ordinamento italiano.

E, per San Marino? Si chiedeva Jemolo. Le disposizioni che sono ricordate, rintracciabili nella legislazione italiana sono conformi al diritto comune, richiamato quale norma generica di rinvio nello Statuto ancora vigente?

Nelle *Leges Statutae* infatti non troviamo che una sola rubrica che disciplini espressamente il caso di successione *ab intestato*, nel Libro II la rubrica 64, che contempla una situazione particolare: e precisamente che, in caso di apertura di successione senza testamento, le donne ed i discendenti da esse in linea femminile, non siano ammessi a succedere al padre ed agli altri ascendenti in linea paterna se concorrano all'eredità figli maschi o nipoti, discendenti in linea maschile. Disposizione di stretto diritto proprio che, come avremo agio di sottolineare, verrà richiamata come norma restrittiva per finalità ben precise.

Prima di affrontare l'itinerario logico dell'illustre giurista che si impegna in una memoria complessa che, superati i limiti dell'inesistente normativa statutaria, consentisse di argomentare costruttivamente utilizzando da una parte i principi desumibili dal diritto comune, e dall'altra le disposizioni in materia ricavabili dalla legislazione italiana, sarà bene ricordare in generale alcuni concetti in merito all'istituto successorio, e la disciplina attuale.

La successione ereditaria che si attua al momento della morte di un soggetto titolare di un patrimonio consente ad altri soggetti, che al defunto "succedono", di subentrare nella medesima posizione giuridica che questo aveva nel momento in cui si è verificato l'evento. Di conseguenza appare quasi un prolungamento fittizio della volontà di un soggetto, titolare di diritti e doveri, che supera i confini della vita naturale, la manifestazione di essa che continua ad essere operante, talvolta espressa nel testamento, talaltra inespressa o tacita (successione *ab intestato* o *ex lege*) come nella fattispecie esaminata.

La situazione che viene a determinarsi è strettamente legata alla persona del defunto: ne consegue che la successione ereditaria che si apre viene regolata secondo il diritto proprio (locale) del domicilio del *de cuius* al momento della morte. Da quanto abbiamo detto discende che prevale lo *statuto personale* - se vogliamo esprimerci secondo una definizione cara a Bartolo da Sassoferrato - rispetto ad uno *statuto reale*, che potrebbe essere determinato dal luogo dove sono posti i beni che cadono in successione: questo perchè viene ad essere considerata l'eredità, afferente al soggetto che trasferisce a causa di morte, come un "patrimonio" composto idealmente di una unità formata da beni mobili e immobili, diritti su cose singole, crediti e debiti, che fanno parte di un coacervo di situazioni giuridiche riferibili appunto al *de cuius*.

Quindi la successione a causa di morte permette ad un soggetto vivente di subentrare nella titolarità della situazione giuridica patrimoniale già appartenuta ad una persona defunta.

Naturalmente quanto abbiamo detto accenna in termini molto sommari una definizione dell'istituto suscettibile di molte precisazioni; ma, per quanto dovremo esporre nel corso di questi colloqui, quanto è stato ricordato serve soltanto a richiamare concetti generalissimi, utili soltanto nei limiti della nostra esposizione per comprendere le limitazioni e le cautele necessarie alla trattazione di interessi familiari che sembrano non mutare molto nel tempo.

Di conseguenza si può dire che in linea di massima l'ampio concetto di successione a causa di morte comprende non solo l'acquisto traslativo (ad esempio l'acquisto delle proprietà del *de cuius*) e l'acquisto traslativo-costitutivo (ad esempio il legato di usufrutto), ma ogni specie di acquisto a causa di morte, sia esso stabilito dalla volontà del defunto o, in mancanza di una espressa manifestazione di questa, dalla volontà della legge purchè derivi o dipenda dal patrimonio del defunto. Vale la pena ricordare che attualmente il Codice civile italiano prevede all'art. 565 le categorie dei successibili *ex lege*, ma le disposizioni contenute in esso sono state modificate dalla riforma del diritto di famiglia (19 maggio 1975, n. 151), che ha privilegiato il coniuge ed equiparato quasi completamente i figli naturali ai legittimi determinando quest'ordine: coniuge, discendenti legittimi, collaterali, altri parenti, Stato. La sentenza della Corte Costituzionale del 7 luglio 1979, n. 55 ha ancora introdotto una modifica, prevedendo che lo Stato venga preceduto nell'ordine dai fratelli e dalle sorelle naturali.

Tutto questo per l'ordinamento italiano. E per San Marino, cosa è mutato? Come abbiamo già ricordato, gli Statuti non presentano norme sulla successione *ab intestato*. Si deve tener presente ancora la norma generale di rinvio contenuta al § 38 della rubrica 31 del Libro I: "Et si statuta, vel reformationes de quibuscumque non disponerent, vel providerent, secundum formam iuris communis et laudabiles consuetudines terrae praedictae debeat in praedictis procedere, finire et terminare"; così come dello stesso tenore la rubr. 13 del medesimo libro.

Altra disposizione è contenuta nella rubrica 64 del Libro II, nella quale, come abbiamo già visto, si dispone per l'esclusione dei successibili in linea femminile; ma su questa particolare norma avremo modo di riferire più avanti.

Ancora oggi l'indicazione complessiva dei principi che regolano la successione nella Repubblica è rintracciabile nelle pagine che Francesco Viroli ha dedicato alla materia ("Diritto delle persone e della famiglia" in Atti del convegno "La tutela del minore nel nuovo diritto di famiglia. Osservazioni di diritto comparato". 30 settembre 1987, pubbl. dall'Ist. Giur. Samm. il 30 marzo 1989, alle pp. 42 e ss.), che completano la precedente esposizione fatta da Giacomo Ramoino, ricordata ed ampliata dal Viroli.

Come si può notare (a p. 46) la successione *ab intestato* ancora oggi per mancanza di una norma espressa in proposito si richiama a quanto disposto nelle Novelle 118 e 127 della compilazione

giustiniana, dalle quali si ricava che, in linea di massima i successibili *ex lege* sono divisi in due categorie: ordinari e straordinari. Gli eredi ordinari, che a noi interessano per completare l'esposizione finalizzata all'analisi del caso prospettato, ripetono quanto disposto dal diritto romano, che prevede: i discendenti legittimi, gli ascendenti e i collaterali con i discendenti, i parenti di terzo grado ed oltre secondo la prossimità (è intuitivo che le classi dei successibili si pongono tra loro in modo che la più vicina escluda le altre).

Per completezza si ricorda che la successione del coniuge in San Marino, rientrando nella categoria degli eredi straordinari, è stata regolata dalla legge 25 febbraio 1974 n. 12, nonché dal titolo XIII della legge 26 aprile 1986 n. 29, che disciplina la posizione del coniuge superstite chiamato a succedere da solo o in concorso con i figli.

L'analisi di una situazione giuridica ben determinata, svolta sulla falsariga di un precedente ed articolato metodo interpretativo da Jemolo, ha aperto un interessante spiraglio su una situazione di fatto in materia successoria da definire, utilizzando in concreto gli strumenti riconosciuti al giurista in un regime di diritto comune.

Seguendo questo sentiero abbiamo docilmente seguito lo schema del giurista che lo ha proposto. Abbiamo iniziato dalle disposizioni contenute nel Codice Civile italiano (del 1865) e poi le abbiamo confrontate con lo Statuto Sammarinese, che, non disponendo espressamente in proposito, dava una norma di rinvio al diritto comune. Dall'analisi delle disposizioni, o più esattamente, dall'elaborazione della giurisprudenza del diritto comune si può notare, come sottolineava Jemolo (e come si può cogliere dall'esposizione del Ramoino e del Viroli) come le radici romanistiche appaiano inalterate.

Se l'analisi fosse sollecitata oggi l'operazione più corretta, a mio avviso, sarebbe quella di privilegiare prevalentemente quel problema di rapporti tra l'ordinamento statutario e il diritto comune, in quanto norma richiamata, perchè se è vero che la comune base di diritto romano avvicina le due esperienze - con maggiore sintonia nel Codice civile italiano del 1865 - tuttavia la divaricazione tra ordinamento giuridico italiano e ordinamento giuridico sammarinese a regime di diritto comune potrebbe rivelarsi maggiormente sensibile in assenza di norme simili ed attuali volute dal legislatore di San Marino. Procedimento peraltro correttamente svolto in tal senso sia nelle allegazioni dell'Avv. Lonfernini, che chiedeva a sostegno il

parere di Jemolo, sia nella sentenza. Ma, chiarito questo punto, è bene ritornare ad un'altra parte dell'esposizione della memoria che stiamo esaminando.

Ritorniamo su quel paragrafo che Jemolo introduce con l'interrogativo su cosa debba intendersi per "diritto comune".

Domanda questa che sollecita all'illustre giurista la riflessione sul fenomeno storico, da affrontare per individuare i caratteri e i contenuti dei dibattiti sul problema storico-giuridico del Medioevo, vivacissimi e appassionati nei primi decenni del Novecento.

Da un primo approccio al problema - siamo nel 1936 - Jemolo si trova dinanzi alla perplessità del Roberti (1936) che non riesce ancora a collocare all'interno del termine stesso di "diritto comune", il suo contenuto giuridico. Jemolo ricorda come il termine è usato correttamente per indicare un periodo, detto appunto "l'età del diritto comune", che si apre con la scuola di Bologna, nella quale si ricompone l'antica tradizione giustiniana nel suo complesso e attraverso il metodo della glossa lo si interpreta come diritto vigente elaborato in armonia con i nuovi bisogni della società, un diritto generale, uno *ius per excellentiam*: un diritto comune (glossa *nostrum* a Inst. I, 2 *de iure natur.*). Così non diversamente non soddisfa Jemolo quanto dice il Solmi, che definisce come "diritto medievale italiano" il complesso delle istituzioni giuridiche apparse in Italia tra il XII e il XV secolo che determinerebbe il corpo normativo inteso come diritto comune.

Terminologia ambigua e sostanzialmente inesatta, che ci riconduce a quel complesso travaglio di definizioni che impegnò la nostra storiografia giuridica nei primi decenni del '900, che interpretava riduttivamente tutto il fenomeno del diritto comune che sia il Besta che il Calasso, con più vigore, individuarono chiaramente come il momento centrale, non soltanto della storia giuridica italiana, in una sorta di *reductio ad unitatem* delle articolate vicende del nostro territorio, ma come quella determinante vicenda del periodo medievale che si presenta effettivamente come operazione di sintesi tra passato e presente, 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 vigente e generale in gran parte d'Europa, fino alla pubblicazione delle codificazioni moderne". Sono queste le parole di Francesco Calasso, ancora attuali, anche se datate nel 1936.

Ma all'interno della categoria storico-giuridica del diritto comune Jemolo vuole scoprire non soltanto le radici testuali e ricorre

ai noti frammenti di Gaio ed Ulpiano contenuti nel Digesto, che poco o nulla chiariscono rispetto al fenomeno esaminato, ma utilizza anche il pensiero di qualcuno dei primi giuristi nei rapporti possibili rintracciabili all'interno dell'ampia categoria del diritto comune. E si nota attraverso l'analisi dei singoli passi il disagio di collocare quella che appare una chiara contraddizione, dove l'espressione di diritto generale o comune trova una limitazione effettiva di vigenza in quelle zone che appaiono regolate autonomamente da un diritto territoriale più o meno ampio che si contrappone alla visione teorizzata di una *lex omnium generalis*.

Ed infatti il concetto può apparire incomprensibile, se lo si stacca dalle sue radici ideali e teoriche, dalla visione politica dell'Impero universale, dall'immagine di una *christianitas* dilatata come principio di ordine universale, che danno la possibilità di ripercorrere le spinte ideali di quella dottrina giuridica che accanto all'Impero, considerato ancora come visione assoluta e paradigmatica del potere, collocò l'ordinamento romano, come unica legge possibile con caratteri di universalità.

Di conseguenza, come la sovranità dell'Impero trovò nelle teoriche del tempo i termini di conciliazione proprio per definire i nuovi enti sovrani *superiorem non recognoscentes*, non diversamente la dilatata vigenza di un diritto divenuto *ratio scripta* poteva accettare nell'ambito di un universale e teorico rapporto con molti diritti particolari i caratteri di fonte suppletiva o sussidiaria, senza che questo alterasse i rapporti tra le diverse norme, o più precisamente senza creare conflitti tra ordinamenti.

Sicuramente la norma statutaria rappresentava l'elemento più difficile da collocare all'interno di quello che Francesco Calasso ha definito "sistema del diritto comune". Questo perchè i soggetti destinatari della norma particolare erano, nella visione descritta, gli stessi soggetti sottoposti alla norma imperiale. Non stupisce quindi che con l'età dei commentatori, siamo ormai nel XIV secolo, si "riconosce incondizionatamente la legittimità degli statuti comunali", ma, con buona pace del pensiero di Jemolo, non perchè si "prende atto del crollo politico dell'Impero", ma perchè il sistema di ordinamento è già maturo e operante: anche il Comune è in crisi, ma la legge territoriale - lo *ius proprium* - si è già definitivamente affermata ed ha già stabilito i suoi rapporti con le altre fonti normative, in un complesso duttile e coerente ai tempi.

Nè ha senso a nostro avviso ricordare il presunto rigore di Jacopo d'Arena, poichè questo è soltanto un punto di partenza che

porterà a considerare la norma statutaria non odiosa e quindi restrittiva, ma norma a tutti gli effetti con le relative interpretazioni. Ma tutto questo abbiamo già avuto modo di spiegare nei precedenti incontri.

Proseguendo nell'argomentazione chiarificante di Jemolo, arriviamo al secolo XVI, per ampi archi di tempo e ci imbattiamo in una intuizione che tenta di proporre il rapporto tempo-territorio rispetto al primo sorgere del concetto. A tal proposito viene alla mente sia il rapporto intravisto dal Carusi di un diritto comune in senso storico e in senso scientifico con valenze diverse, o più esattamente il "periodizzamento" esposto da Francesco Calasso. Il diritto particolare che respinge alla sussidiarietà il diritto comune è un fenomeno di forza dell'elemento territoriale che impone politicamente e giuridicamente la sua osservanza.

Quando i diritti nazionali si sono affermati tendono a respingere, come ad esempio in Francia o in Spagna, la *ratio scripta* ad un chiaro ruolo di sussidiarietà: per uscire dai limiti nazionali italiani, basterà ricordare gli esempi della Francia, con le sue due aree giuridiche, e della Spagna e le complesse vicende de "Las leyes de las siete partidas".

Per Jemolo il diritto comune è dunque un complesso normativo che si fonda sul diritto romano, integrato per il foro spirituale dal diritto canonico e arricchito, interpretato e attuato dalla giurisprudenza.

Fissati questi principi torniamo al caso oggetto della controversia. Giustamente il giurista che ci ha guidato per individuare la norma che porti alla corretta soluzione della materia litigiosa osserva che, non essendo possibile reperire disposizioni all'interno dello statuto di San Marino, la prima fonte da utilizzare sia la norma romana contenuta nelle Novelle 118 e 127, che dispongono in materia.

Si potrebbe obiettare che il solo diritto romano non abbraccia per intero il complesso fenomeno già descritto del diritto comune. Ma Jemolo precisa che nel caso specifico della classificazione dei legittimati nella successione *ab intestato* non è possibile, per la materia stessa, alterare la lettera della legge se non prevedendo una specifica norma espressa dello statuto *in deroga*, cosa che non si rintraccia se si eccettui quanto disposto nella rubr. 64 del L. II, sulla quale torneremo più avanti.

Quindi Bartolo, Cuiacio, Donello nei loro commenti non alterano la regola giustinianea: la giurisprudenza accetta

concordemente l'istituto successorio così come configurato dalla Novella 118, che nel caso di specie interessa in modo particolare, in quanto prevede che maschi e femmine siano chiamati a succedere *absque sexus discretionem* e il De Luca nel suo *Theatrum* chiariva che il disposto normativo del diritto romano aveva vigore "*utique in terris etiam Ecclesiae atque in ecclesiastico foro*".

Visibile dunque l'ampiezza della norma romana, riproposta dalla giurisprudenza, considerata valida e vincolante in assenza di una disposizione specifica.

Se questo era il diritto vigente e comune, l'unico ostacolo alla sua applicazione poteva essere determinato da una norma espressa, specifica e derogatoria esistente all'interno dell'ordinamento particolare. Infatti unica norma nello Statuto sammarinese è la più volte ricordata rubrica 64 del secondo libro, che non si presenta come norma di carattere generale, ma come disciplina di un aspetto particolare, all'interno del regime successorio. Infatti essa stabilisce un particolare sfavore per la successione secondo la linea femminile, allineandosi ad una tradizione diffusa in epoca comunale, che per certi aspetti rivela un significativo sapore feudale, che determina non soltanto la costante preferenza degli eredi maschi sulle femmine, ma anche il favore degli agnati nella successione al padre o agli avi paterni. In questi casi prevale l'interesse alla conservazione del patrimonio familiare a favore della famiglia d'origine, a cui si affianca un'attenzione della città o del Comune a conservare i beni immobili nel territorio con titolari che siano cittadini del luogo e non stranieri. L'esclusione delle donne dalla successione non era però assoluta: cessava quando veniva meno la condizione che ci fossero nel concorso ereditario maschi agnati successibili.

L'*exclusio propter masculos de cyppo* non andava oltre il 4° grado, per gli agnati, ma più spesso, come a San Marino veniva limitata ai figli ed ai nipoti in linea retta. Ugualmente si rintraccia spesso, accanto a questa norma restrittiva, come nel nostro Statuto, una precisa distinzione tra figlie dotate e non dotate. Per le prime valeva la *exclusio propter dotem*, ricevuta al momento delle nozze e considerata equivalente alla quota di legittima. Laddove le non dotate conservavano il diritto alla legittima nella successione del padre e concorrevano con i fratelli.

Le donne escluse *propter masculos* vincolavano con una somma pari alla dote l'asse paterno e la dote medesima era considerata un onere passivo che gravava sull'eredità. Infatti qualora

fossero rimaste nubi, dall'asse ereditario paterno si computava un cespite destinato al loro mantenimento.

Così appare del tutto chiarita l'espressione "*imitantes quod per Italiam observatur pro communi et publico bono*", che non sta ad indicare, come esattamente voleva Jemolo, un diritto comune territoriale a livello consuetudinario che la controparte, probabilmente, invocava ad integrazione dello Statuto nelle disposizioni in materia di successione *ab intestato*, ma una norma specifica da interpretare restrittivamente e da non estendersi ai collaterali nella successione e quindi ininfluyente per il caso in esame.

Le *municipales leges* di San Marino (L. VI, § 777) ricordate nella rubrica proemiale che introduce il libro VI che tratta dei danni dati, non si fondavano sopra un inesistente "diritto comune territoriale", in quanto l'espressione del legislatore chiarisce soltanto la necessità di mettere in scritto anche norme così particolari, utilizzate nel quotidiano operare nel settore specifico. L'unico diritto comune è quello che abbiamo ricordato in più occasioni e cercato di definire. Spazzato via ogni dubbio sulla possibile esistenza di un diritto territoriale "comune", come eventuale completamento dello statuto, o come equivoco richiamo, rimane, nel ragionamento di Jemolo l'individuazione delle norme da applicare per fondare il diritto di Agrippina Tonnini all'eredità.

Le norme, le uniche possibili, sono quelle romane che rimangono inalterate nella visione del diritto comune, che, così come è stato spiegato, lo statuto espressamente richiama.

SAGGI



CRISTOFORO BUSCARINI

GLI ORGANI DELLA GIURISDIZIONE NELL'ORDINAMENTO  
DI SAN MARINO

1. Norme sammarinesi concernenti la giustizia. Problemi costituzionali. 2. Formazione degli statuti e formazione degli organi giurisdizionali 3. Osservanza delle norme. 4. Eccezioni e regola nell'art. 15 c.3 della legge 8 luglio 1974 n.59.

1. Norme sammarinesi concernenti la giurisdizione. Problemi costituzionali.

La legge 8 luglio 1974 n.59 *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese* reca numerose disposizioni, per lo più di carattere programmatico, a volte con riserva di legge, attinenti alla attività giurisdizionale. All'art.3, penultimo comma, la legge enuncia: "Agli organi del potere giudiziario, istituiti dalla legge, è garantita piena indipendenza nell'esercizio delle loro funzioni". Inoltre l'art.15 recita testualmente: "E' garantita la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi davanti agli organi delle giurisdizioni ordinarie e amministrativa. Il diritto alla difesa è tutelato in ogni fase del procedimento giudiziario. La legge assicura la speditezza, la economicità e la indipendenza dei giudizi: salvo le eccezioni statutarie, i giudici non possono essere cittadini sammarinesi. Le pene, umane e rieducative, possono essere irrogate solo dal giudice precostituito dalla legge e solo in base a norme non retroattive. L'imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva". Ancora al secondo comma dell'art. 16 si legge: "I giudici sono tenuti ad osservare i principi della presente dichiarazione nella interpretazione ed applicazione del diritto. Qualora la legittimità di una norma sia dubbia o controversa, il giudice può chiedere al Consiglio Grande e Generale che si esprima, sentito il parere degli esperti".

Le norme sopra richiamate non possono considerarsi meramente ricognitive rispetto alla situazione di fatto esistente nell'ordinamento, poichè, pur nei limiti di un dettato per lo più solo programmatico ed enunciativo, hanno carattere fortemente innovativo. Non è questa la sede per un'analisi dettagliata delle

norme surriferite che del resto si è già tentata in altra occasione. Purtroppo alcune disposizioni esigono di essere evidenziate per il loro aspetto marcatamente riformatore rispetto all'assetto preesistente. Balza evidente il carattere fortemente innovativo del disposto del primo comma dell'art. 15 che introduce la giurisdizione amministrativa accanto a quella ordinaria (cfr. la legge 28 giugno 1989 n. 68 istitutiva del Tribunale Amministrativo), recependo quindi la distinzione diritti soggettivi - interessi legittimi, mutuata evidentemente dal paradigma italiano quale si è lentamente evoluto dalla riforma del 1865 in poi<sup>1</sup>.

Una scelta dunque non particolarmente originale quella effettuata nel '74 dal legislatore sammarinese, che pure avrebbe potuto operare fra una pluralità di soluzioni praticabili rispetto alla finalità della tutela giurisdizionale del cittadino di fronte all'attività della pubblica amministrazione. Non compete a chi scrive accennare alle possibili soluzioni alternative, così come non compete affrontare in questa sede la delicata questione dell'interpretazione del primo comma dell'art. 16 che, almeno fino alla promulgazione della legge 19 gennaio 1989 n. 4, ci è parso consentire un *controllo di legittimità* (o meglio, un *controllo di conformità* delle leggi ed atti pariorinati rispetto alla *Dichiarazione*) decentrato agli organi giurisdizionali, mediante l'esercizio da parte di questi di un potere di disapplicazione della norma supposta confliggente con i principi della *Dichiarazione*.

Nè ci compete sfiorare qui la questione di fondo: se cioè, come riteniamo<sup>2</sup>, la costituzione sammarinese con l'adozione della legge n. 59 del 1974 abbia mantenuto inalterato il carattere di assoluta flessibilità, o se al contrario tale legge abbia conferito "*carattere di rigidità a parte della costituzione di San Marino*"<sup>3</sup>.

Fra le norme concernenti la giurisdizione, peraltro tutte penetranti e di particolare rilievo costituzionale, contenute nel citato

<sup>1</sup>M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo I*, Milano 1970, pp. 3-62; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1974, pp. 800-805.

<sup>2</sup>C. BUSCARINI, *Appunti di diritto costituzionale sammarinese*, in "Liceo Ginnasio Statale della Rep. di S. Marino", *Annuario XIV* (1978-1979) e *XV* (1979-1980).

<sup>3</sup>E. SPAGNA MUSSO, R. LIPPARINI, *L'ordinamento costituzionale di San Marino*, in "Archivio Giuridico Filippo Serafini", vol. CCVI, fasc. 1, 2, 3-1986, pp. 5-78.

art. 15, assume singolare portata l'enunciato che, per vero con poca coerenza formale, conclude il terzo comma dell'articolo: "*salvo le eccezioni statutarie, i giudici non possono essere sammarinesi*". Prescindendo da ogni valutazione di merito inerente la opportunità di elevare a "*principio fondamentale*" siffatta disposizione, si pone purtuttavia la necessità di formulare qualche considerazione di natura formale e qualche verifica storica. Innanzi tutto il significato letterale della norma: il legislatore apparentemente ha inteso sancire il divieto d'accesso agli organi giurisdizionali nei confronti dei cittadini sammarinesi, ammettendo però delle eccezioni. Se però questa fosse veramente la *ratio* della norma, avrebbe adottato la consueta riserva di legge del tipo: "salvo le eccezioni di legge, i giudici non possono essere cittadini sammarinesi". Con ciò l'estensore della norma avrebbe dato alla stessa una formulazione di più chiara interpretazione. Il legislatore ha voluto invece richiamare una normativa preesistente ed esattamente individuata: le *leges statutarie*. Il richiamo allo statuto vigente operato dal legislatore, almeno per alcuni settori dell'ordinamento sammarinese, esige peraltro una concisa panoramica sulla evoluzione delle codificazioni statutarie di S. Marino fino all'ultima dell'8 ottobre 1600, alla quale il legislatore si riferisce. In ciò non è facile condurre la ricerca, poichè mancano trattazioni organiche di storia del diritto sammarinese, in quanto l'interesse per lo studio del diritto vigente ha largamente offuscato l'esame diacronico dell'ordinamento. E' paradigmatica in proposito l'eccessiva concisione con cui la "Relazione Astuti" esamina la evoluzione degli organi fondamentali della comunità<sup>4</sup>.

## 2. Formazione degli statuti e formazione degli organi giurisdizionali.

Intanto converrà stabilire qualche punto fermo nella vicenda del nostro comune e del suo diritto: il Comune sammarinese assume una propria personalità giuridica intorno alla metà del '200 (il suo

<sup>4</sup>Relazione della Commissione per lo studio dei problemi istituzionali dell'ordinamento sammarinese, presidente relatore G. Astuti, Roma 1972.

primo atto è del 20 dicembre 1243)<sup>5</sup>, ma solo agli inizi del secolo seguente può fissare in forma scritta lo *ius proprium* statutario. La struttura del comune sammarinese appare la più semplice, poggiando sui consueti quattro organi tipici: l'Arengo, il Consiglio Grande, il Consiglio Speciale, i Consoli. E' appunto il tipico "comune dei consoli", nel quale l'organo che lo caratterizza, appunto i *consules*, assume gradualmente una autonomia giurisdizionale con il supporto anche del *consilium sapientis*<sup>6</sup>.

Dell'attività di produzione statutaria del comune sammarinese nel '300 si hanno tre codificazioni inframezzate da un'intensa elaborazione di *reformationes*. Il primo codice statutario sammarinese (o meglio, il frammento iniziale del codice contenente le prime 85 rubriche) databile ai primi anni del '300, cioè dopo la pace col vescovo Uberto del 22 maggio 1300, pur nella assoluta asistematicità della sua stesura, talché a fatica si ricava la stessa organizzazione del comune, attesta l'adesione alla forma di "comune dei consoli" che s'è indicata. La rubr. I dello statuto infatti attribuisce ai due Consoli (chiamati non a caso l'uno *Capitaneus*, l'altro *Defensor*) ogni competenza giurisdizionale. Compito dei Consoli è "ius reddere petentibus, et dictus Capitaneus et Defensor teneatur inquirere maleficia perpetrata in ipso Castro seu in eius districtu que comissa fuerint per totum tempus sui regiminis..."<sup>7</sup>. L'esercizio della giurisdizione da parte dei Consoli trova conferma nella rubr. XVII, mentre la rubr. LVIII stabilisce i termini d'appello contro le sentenze del Rettore. La seconda codificazione statutaria sammarinese (frammento terminale del codice membranaceo contenente le ultime 57 rubriche e il breve notarile di pubblicazione

<sup>5</sup>F.V. LOMBARDI, *San Marino nell'età medioevale. I rapporti fra il Comune e i vescovi di Montefeltro*, in *Storia e ordinamento della Rep. di San Marino*, S. Marino 1983; C. BUSCARINI, *Osservazioni sugli statuti sammarinesi del Trecento*, in "Romagna arte e storia", anno XI, n.33, settembre-dicembre 1991.

<sup>6</sup>P.S. LEICHT, *Storia del diritto italiano. Le fonti*, Milano 1956; ID., *Storia del diritto italiano. Il diritto pubblico*, Milano 1972; F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano 1965.

<sup>7</sup>C. MALAGOLA, *L'Archivio Governativo della Rep. di San Marino riordinato e descritto*, aggiunti gli statuti sammarinesi dal 1295 alla metà del secolo XIV, Bologna 1891 (rist. anast. S. Marino 1981), pp.242-243.

sotto la data del 18 febbraio 1317)<sup>8</sup> conferma la competenza giurisdizionale dei Consoli o *Rectores* (cfr. rubr. XVII). Gli statuti sammarinesi del '300 dimostrano quindi la mancata transizione dal "comune dei consoli" al "comune del podestà", rimanendo la funzione giurisdizionale saldamente incardinata nella magistratura consolare.

Con lo statuto pubblicato il 14 aprile 1253 la produzione statutaria sammarinese perviene ad uno stadio di elaborazione giuridica elevata. Il codice (suddiviso in tre libri) nel primo libro, rubr. I, delinea in modo dettagliato le attribuzioni giurisdizionali dei Capitani<sup>9</sup>. Attribuzioni che trovano ulteriore conferma nel dettato del libro II (in particolare rubr. XLV-XLVI) e nel libro III (rubr. LXIII e ss.). Dalla seconda metà del '300 alla fine del '400 si registra un'intensa produzione di *reformationes* (nel 1357 erano state emanate le *Constitutiones Aegidianae*, con tutte le implicazioni connesse)<sup>10</sup>, che tuttavia non intacca lo schema consolidato del Comune, almeno per ciò che attiene alla giurisdizione. Tuttavia in vero un dato innovativo era intervenuto: la giurisdizione di appello

<sup>8</sup>C. MALAGOLA, op. cit., pp.277-303.

<sup>9</sup>Gli statuti di San Marino del 1352-1353 con aggiunte le riforme dal 1356 al 148, a cura di F. Balsimelli, San Marino 1943.

La lettura del codice statutario del 1353 e delle successive *reformationes* ne può essere disgiunta da quella dei tre "Libri del Comune", cioè dei codici che, pur con cospicue soluzioni di continuità, dal 1365 alla fine del '300 documentano "effettiva" gestione della Comunità. Tali documenti, redatti per mano dei Notai d'Comune succedutisi nell'ufficio, attestano lo svolgersi concreto della vita della piccola comunità: la pronunzia delle condanne da parte dei Capitani, la nomina d'Consiglio Speciale e quella dei minori ufficiali, la nomina dei Capitani da parte d'loro predecessori coadiuvati da un collegio ristretto di consiglieri, l'imposizione colte a beneficio del Legato o per concorrere al salario del Podestà di Montefeltro ecc. L'auspicata pubblicazione di tali fonti, quale primo contributo alla redazione un "codice diplomatico" sammarinese, costituirebbe un apporto rilevante agli studi: S. Marino e sul Montefeltro nella seconda metà del '300. (I tre ms. sono nella ser. Tribunale dei Capitani, Processi civili e criminali, busta 353).

<sup>10</sup>P. COLLIVA, *Il Cardinale Alborno, lo Stato della Chiesa, le "Constitutiones Aegidianae" (1353-1357)*, con in appendice il testo volgare delle *Constitutiones Fano*, Bologna 1977; *Edizione di alcuni documenti sammarinesi*, a cura di M. Con in "Studi sammarinesi", 1990 (VII), pp.7-51.

da parte della Comunità, nei fatti già esercitata in epoca anteriore, trovava sanzione nella bolla di Martino V del 1426.<sup>11</sup> La bolla dispone che "a primis sententiis huiusmodi ad duos probos et idoneos viros per vos pro tempore ad hoc eligendos et deputandos appellare liceat; et ipse appellationum causae per eosdem sic electos et deputatos secundum juris ordinem cognosci, decidi et fine debito terminari libere et licite valeant; quodque sententiae per eos in causis ipsis latae eam vim idque firmitatis robur obtineant proinde ac si per illum iudicem ad quem earumdum causarum cognitio de jure vel consuetudine pertinet cognitae decisae ac determinatae fuissent...". Il sistema giurisdizionale di S. Marino appare così completato: ai Capitani compete la giurisdizione di primo grado, ai due Giudici di appello quella di secondo grado. Organo collegiale è il tribunale dei Capitani, organo parimenti collegiale è il Tribunale di appello. L'uno e l'altro sono formati all'interno della comunità, senza la nomina di ufficiali forensi. Ecco delineata la specificità dell'ordinamento giudiziario sammarinese, che nello statuto promulgato il 9 gennaio 1491 trova esatta e definitiva codificazione.<sup>12</sup>

Con la codificazione della fine del XV secolo il Comune sammarinese, pur nei limiti insiti nel paradigma *ius proprium* - *ius commune*, dilata ulteriormente il proprio diritto statuario che, senza la pretesa della esclusività, assume un apprezzabile livello di sistematicità. Questo codice merita perciò, limitatamente al tema posto, una più attenta lettura. Al libro I la rubr. I (*De electione dominorum Capitaneorum et eorum officio et iurisdictione*), a c.3 del codice, stabilisce fra l'altro: "Habeant quoque capitanei antedicti iurisdictionem bailiam auctoritatem et facultatem cognoscendi diffiniendi et terminandi omnes et singulas civiles criminales meras et mixtas lites et causas, vertentes inter homines et personas in terra predicta et in eius chomitatu fortia et districtu, secundum formam statutorum et reformationum chomunis terre predictae, quae nunc sunt vel pro tempore fuerint. (...) Habeant etiam dicti capitanei et quilibet ipsorum mherum et mixtum imperium et gladij potestatem cognoscendi terminandi diffiniendi et condemnandi et absolvendi de omnibus et singulis delictis et excessibus mallefitijs vel quasi,

<sup>11</sup> I.B. CONTARENI, *De episcopatu Feretrano*, Venezia 1753, pp.174-175.

<sup>12</sup> Archivio di Stato, Repubblica di San Marino, *Statuti sammarinesi*, busta 2, doc. IV.

quae chomitterentur in homines et personas de terra antedicta et eius chomitatu fortia et districtu vel alias in eodem habitantes poenasque imponendi secundum formam statutorum et reformationum predictorum; et ubi statuta et reformationes non providerent de similibus ad similia procedere possint et condemnare, et ubi similitudo non repperiretur secundum formam juris communis vel eorum arbitrio considerata conditione personarum et qualitate facti delicti et excessus et alijs circumstantijs quae sibi videbuntur convenire, quae omnia facere possint ambo simul et quilibet eorum pro se coniunctim et divisim et quod per unum ceptum fuerit per alterum prosequi possit et finire". Mediante la consueta enunciazione degli *iura regalia*, che sarà una costante degli statuti successivi, viene individuata con chiarezza nella magistratura dei Capitani la giurisdizione ordinaria civile e penale. Si noti per inciso che nella medesima rubrica (a c.3 r.) appare il Consiglio dei XII, di cui si aveva menzione solo nelle *reformationes* successive agli statuti del 1253. Da notare ancora, alla rubr.VIII (a c.6), il permanere del giuramento del *sequimentum*. Al libro II, rubr.XVI (a c.6 v.) (*De iurisdictione et officio dominorum Capitaneorum in causis civilibus*) viene ribadita la natura di magistratura civile ordinaria del tribunale dei Capitani. La rubr.XXII (a cc.8-9) disciplina minuziosamente il ricorso al *consilium sapientis*. La rubr.I del libro III *De damnis datis* (a c.24) dal titolo "*De bailia et iurisdictione dominorum Capitaneorum super damnis datis*" individua la competenza giurisdizionale dei Capitani in tale materia: "Statuimus et ordinamus quod domini Capitanei terre sancti Marini sint et esse intelligantur iudices competentes dannorum datorum in curte terra districtu et comitatu terra sancti Marini".

Al libro IV *De malefitijs* la rubr.I (a cc.31-32), nel fissare minuziosamente le procedure d'introduzione del giudizio, afferma la competenza esclusiva dei Capitani. Da notare per inciso come la rubr.XV "*De tormentis*" (a c.34 v.) ponga limiti all'impiego della tortura come mezzo inquisitorio. Si noti ancora il disposto della successiva rubr.XVI, che impone la pubblicazione nell'*Arengo* delle sentenze penali pronunciate dai Capitani, a pena di nullità. Ancora la rubr.XLV (a c.41 v.) pone limitazioni alla privata carcerazione. Singolare il disposto della rubr.LVI (*De pena nominantium*)

*vermocane rabbia anguinaglia o carbone*) (a c.43 c.), ove una pena specifica viene fissata per tali specifiche imprecazioni<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda il libro V *Extraordinariorum* (a cc.51-67), nulla di particolare rileva il nostro tema, anche se sotto altri punti di vista meritano attenzione la rubr.L "*Qualiter forenses reccipiantur*" (a cc. 61-62) e la rubr.LVI "*Quod venditor teneatur invitare tenentem a duobus lateribus*" (a c.63), nonché l'atto di pubblicazione dello statuto in data 9 gennaio 1491, di mano del notaio Antonio di Maurizio Lunardini.

A c.69 inizia il libro VI *De appellationibus*. La rubr.I appunto tratta "*De offitio et iurisdictione Dominorum iudicum appellationum et de appellationibus interponendis ab eis*". Essa recita: "In primis statuimus et ordinamus quod domini iudices appellationum, qui pro nunc sunt vel pro tempore fuerint, sint et esse debeant iudices appellationum et nullitatum et reclamationum restitutionum in integrum et reductionum ad arbitrium boni viri etiam ab arbitris et arbitratoribus; et iudices superiores et superiorem iurisdictionem habentes quo ad dominos Capitaneos terre sancti Marini et ad omnes alios officiales dicte terre eiusque comitatus fortie et districtus. Possint tantum partes super hijs recurrere ad ordinarios in casibus in quibus de iure comuni permittitur. Et quod in appellationibus interponendis et nullitatibus dicendis a dictis dominis iudicibus appellationum vel gestis ab eis et ab alijs officialibus dicte terre ad Consilium duodecim ipsius terre debeat appellari et ipsi in illis sint et esse intelligantur iudices competentes. Et possint dictam appellationis causam committere alicui probo viro a partibus non suspecto in territorio vel extra". Nella norma è implicita una pretesa di giurisdizione esclusiva da parte della Comunità, la quale però appare tutt'altro che pacifica, così come si

<sup>13</sup>Il testo della rubrica è il seguente: "Item statuimus et ordinamus quod nemo maior duodecim annis audeat vel presumat aliquem blasphemare, vel contra eum dicere illa turpia verba videlicet 'Te venga la rabbia languinaglia et el carboncello et el vermo cane' pena decem solidorum pro quolibet et vice quallibet". Sul significato delle quattro imprecazioni di cui sopra si rinvia al *Glossarium* del Du Cange. Qui si può notare come esse fossero di antica ascendenza, dato che nel primo dei citati *Libri del Comune*, nel primo trimestre del 1370 (c.111 r.) si annota la condanna di un Antonio di Vannuccia alla pena di 100 soldi per bestemmia e imprecazione ("chey nasca el vermocane..."). Tali libri di condanne conservano un ampio repertorio di ingiurie ed imprecazioni, oggetto di sanzione da parte dello Statuto del 1353 (rubr. LXXXVII e LXXXII) sulla scia di quelli dei primi del '300 e del 1317.

ricava anche da una lettera ai Capitani del duca Francesco Maria Della Rovere in data 14 aprile 1509.

Come si vede, conforme alla prassi per cui le codificazioni statutarie registrano e normalizzano situazioni giuridiche le cui origini sono anteriori, anche di decenni, la rubr.I del libr.VI non fa che inserire nell'ordinamento statuario una magistratura già operante ai primi del '400, senza nemmeno indicare il modo di formazione della stessa. Sappiamo peraltro dalla bolla di Martino V sopra citata (e troveremo conferma negli statuti successivi) che all'ufficio di giudici delle appellazioni si eleggono "duos probos et idoneos viros". Una magistratura collegiale dunque, al pari di quella dei Capitani. Non ci soffermiamo sulle dodici rubriche di questo libro sesto, se non per ricordare che l'atto di pubblicazione di esso reca la data dell'8 aprile 1505 (c.72 v.).

Il successivo codice statuario del sec.XVI non è che la risultanza della ricomposizione, operata dal Malagola alla fine dell'800, di frammenti cartacei di codici del secondo '500 (fascicoli A, B, C e D), che nulla recano alla nostra ricerca.<sup>14</sup>

E' rilevante per contro l'analisi del codice statuario successivo, attribuibile agli ultimi decenni del '500<sup>15</sup>. Il carattere più organico e sistematico della codificazione statutaria appare evidente, così come si riscontrano molti elementi preludenti alla codificazione approvata l'8 ottobre 1600, la quale peraltro attesta e formalizza una trasformazione in atto.

Al libro I dunque la rubr.I "*De electione Dominorum Capitaneorum et eorum officio et iurisdictione*" (a cc. 1-3), dopo aver specificato il modo d'elezione dei Capitani, ne elenca minuziosamente i poteri. Per quanto riguarda questa ricerca, si registra la consueta formula: "Habeant quoque Domini Capitanei antedicti iurisdictionem et bailiam auctoritatem et facultatem cognoscendi diffiniendi et terminandi omnes et singulas civiles criminales meras et mistas lites et causas vertentes inter homines et personas in Terra predicta et in eius comitatu fortia et districtu secundum formam statutorum et reformationum comunis Terre predictae quae nunc sunt vel pro tempore fuerint" (a c.2). Omettiamo di trascrivere la consueta prolissa elencazione degli elementi

<sup>14</sup>A.S. R.S.M., *Statuti sammarinesi*, b.2, doc.VI.

<sup>15</sup>A.S. R.S.M., *Statuti sammarinesi*, b.2, doc.VII (ms. cartaceo di cc.227).

caratterizzanti la competenza giurisdizionale dei Capitani, che si rinvencono nella corrispondente rubrica dello statuto del 1600. Ancora alla rubr. II *De iuramento Dominorum Capitaneorum* (a c.3) la funzione giurisdizionale dei Capitani viene puntualmente evidenziata imponendo loro di promettere "quod iura servabunt in civilibus et criminalibus, omnibus coram eis venientibus ius suum cuique tribuendo".

Assume particolare importanza il disposto della rubr. XIX *De recusatione et suspicione Dominorum Capitaneorum* (a cc. 11 v.-12), in quanto normalizzando una prassi che, come si vedrà, risale almeno ad un secolo indietro, pone i presupposti dell'ufficio del commissario quale giudice straordinario e temporaneo. Dispone dunque la citata rubrica che ogni suspicione sia posta avanti il Consiglio dei XII, e prosegue: "Qui Consiliarii omnes vel maior pars ipsorum pro eorum libito et voluntate dictas suspensiones sive exceptiones declinatorias iurisdictionis reicere possint si eis equum visum fuerit, sin autem ad eorum libitum et voluntatem possint adiungere elligere et deputare unum adiunctum qui una cum ambobus Capitaneis vel uno ex ipsis secundum declarationem ipsorum dominorum Capitaneorum de dicta suspicione declarantium una cum Capitaneo minus suspecto altero magis suspecto penitus remoto causam cognoscant et decident. De quibus suspensionibus recusationibus et declinatione iurisdictionis ut dictum est stetur dicto Consilii XII quacunque appellatione etiam iusta et non frivola et alio recuso semper remotis". Come si nota, nella scelta di colui che affiancherà il Capitano ricusato non si pongono divieti relativi alla cittadinanza.

Ancora al libro II *Causarum civilium*, sotto la rubr. XXI *De iurisdictione et officio Dominorum Capitaneorum in causis civilibus* (a c.14) si stabilisce la piena competenza giurisdizionale dei Capitani, confermata ulteriormente dalla rubr. XXIV *De modo procedendi in causis civilibus summam XX sold. non excedentibus* (a c.16).

In modo dettagliato la rubr. XXVII *De petitione consilii sapientis* (a cc. 17v.-19v.) disciplina poi il ricorso al *consilium sapientis* a richiesta di parte, onde garantire l'imparzialità dei giudizi avanti ai Capitani.

Il libro III *Dammorum datorum* esordisce con la rubr. XCV *De ballia et iurisdictione Dominorum Capitaneorum super damnis datis* (a c.64), che conferma la competenza giurisdizionale dei Capitani anche in tale materia, come anche la rubr. CXVII (a c.72).

Il libro IV *De maleficiis* alla rubr. CXXXV *De modo procedendi super maleficiis* (a cc. 75-77v.), mentre disciplina la procedura del giudizio penale, conferma la competenza giurisdizionale dei Capitani. Si notino per inciso le rubr. CXXXII *Quando ex inditiis possit deveniri ad torturam*, e CXXXIII *Quod sanguis et fuga sint sufficientia inditia ad torturam* (a c.81), le quali specificano l'ambito di utilizzo della tortura nell'inquisizione penale, unitamente alla rubr. CXLV *De tormentis* (a c.85 v.). La rubr. CXLVI *De sententiis criminalibus in arrenge proferendis* (a cc. 85v.-86) recepisce l'analoga disposizione dello statuto del 1491. La rubr. CLXV *De maleficis veneficis nigromanticis et similibus* (a cc. 95 v. - 96) reca eloquente l'impronta dell'epoca e della mentalità del secolo in cui lo statuto fu redatto. Noteremo ancora incidentalmente il disposto della rubr. CCCII *Quod forenses civilitatem et incolatum temporis cursu non aquirant* (a cc. 163 v. - 164), che prelude alla nota rubr. LXXIII libr. II dello statuto del 1600.

Il libro VI *De appellationibus* alla rubr. CCCIV *De officio et iurisdictione Dominorum Iudicum appellationum et de appellationibus interponendis ab eis* (a c. 169) riprende quasi alla lettera il disposto del precedente statuto del sec. XV: "In primis statuimus et ordinamus quod Domini iudices appellationum qui pro nunc sunt vel pro tempore fuerint sint et esse debeant Iudices appellationum et nullitatum et reclamationum et restitutionum in integrum et deductionum ad arbitrium boni viri etiam ab arbitris et arbitratoribus et iudices superiores et superiorem iurisdictionem habentes quo ad Dominos Capitaneos Terrae Sancti Marini et ad omnes alios officiales dicte Terre eiusque comitatus forte et districtus possint partes super his recurrere ad ordinarios in casibus in quibus de iure permittuntur. Et quod in appellationibus interponendis et nullitatibus dicendis a dictis Dominis Iudicibus appellationum vel gestis ab eis vel ab aliis officialibus dicte Terrae ad Consilium XII ipsius Terrae debeat appellari; et ipsi in illis sint et esse intelligantur Iudices competentes, et possint dictam appellationis causam comittere alicui probo viro partibus non suspecto in territorio vel extra".

Da ultimo si ricorda la rubr. CCCIX *Quod non liceat nisi semel tantum appellari* (a cc. 172 v. - 174), che disciplina la materia dei gradi d'appello.

Si perviene così alla compilazione statutaria approvata l'8 ottobre 1600<sup>16</sup>, pubblicata a stampa quattro volte fra tale anno e il 1900, anno in cui vide la luce, in edizione ufficiale in forza del decreto 20 settembre 1899 con ratifica del Consiglio Principe in data 26 maggio 1900, all'interno del volume intitolato: *"Raccolta delle leggi e decreti della Rep. di San Marino. Prima edizione ufficiale per decreto del Consiglio Principe e Sovrano coordinata e riveduta dagli avvocati Torquato C. Giannini Commissario della Legge, Menetto Bonelli Procuratore Fiscale"*, Città di Castello 1900. Si è richiamata tale edizione dello statuto, anziché per esempio quella più accessibile del 1895 con testo e traduzione a lato<sup>17</sup>, per l'evidente ragione che essa è preceduta dalla annotazione: *"Le rubriche e le pratiche comprese fra due \* sono abrogate per dissuetudine o altrimenti"*, affermazione di particolare rilevanza in una edizione ufficiale munita della sanzione sovrana. Lasciemo ai due sapienti compilatori l'onere dell'asserzione secondo cui per "dissuetudine o altrimenti" si possa pervenire all'abrogazione di legge. Del resto in concreto le rubriche o parti di rubriche ritenute non abrogate dai compilatori sono proprio quelle su cui riposa la tesi di questa ricerca.

Affrontando l'esame del testo statutario, nel libr. I assume fondamentale importanza in questa ricerca la rubr. XIII *De electione Dominorum Capitaneorum Reipublicae et perpetuae libertatis Terrae Sancti Marini et eorum officio, jurisdictione ac salario*, rubrica interamente vigente nel 1900. Omesse le parti che dettagliatamente disciplinano la procedura d'elezione dei Capitani, per quanto attiene alla giurisdizione si legge: *"Habeant autem Capitanei praedicti jurisdictionem et auctoritatem ac facultatem cognoscendi, diffiniendi et terminandi omnes et singulas civiles, criminales, meras et mixtas lites et causas vertentes inter homines et personas Terrae praedictae. (...) Habeant quoque Capitanei praedicti et quilibet ipsorum merum et mixtum imperium et gladii potestatem cognoscendi, terminandi, diffiniendi, condemnandi et absolvendi in omnibus et singulis delictis, excessibus et maleficiis vel quasi, quae committerentur in homines et personas Terrae praedictae et eius comitatus et districtus et in omnes in ea habitantes, ac in rebus*

<sup>16</sup> *Statuta, decreta ac ordinamenta illustris Reipublicae ac perpetuae libertatis Terrae Sancti Marini*, Arimini, I. Simbenij Typis, MDC.

<sup>17</sup> *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, Florentiae MDCCCXCV.

eorum. Poenas quoque imponere possint secundum formam statutorum et reformationum praedictarum; et ubi statuta et reformationes non providerent, de similibus ad similia procedere possint et condemnare, adaptantes casus occurrentes determinatis prout melius adaptari poterunt, et ubi similitudo non reperiretur, iuxta formam iuris communis vel eorum arbitrio, iuxta formam statuti de poenis arbitrariis loquentis".

I compilatori, mentre dichiarano vigente l'intera rubrica, in nota rinviano il lettore al Codice di procedura penale e alle Leggi sul Conciliatore e sui Tribunali. A suo tempo si analizzerà l'incidenza di tali riforme sulla competenza giurisdizionale della Reggenza, la quale indubbiamente appare dallo statuto titolare della potestà giurisdizionale di prima istanza. Dunque la giurisdizione civile e penale di primo grado compete ad un organo dello Stato di natura collegiale, ad accesso riservato ai soli cittadini originari. E' questo un primo punto fermo della nostra ricerca. Per stretta connessione di materia, l'esame deve spostarsi alla rubr. XXXI *De electione, officio ac mercede Domini Commissarii*, rubrica qualificata vigente dai compilatori.

La rubr. XXXI non è che il logico sviluppo della citata rubr. XIX del precedente statuto, in quanto la nomina temporanea e straordinaria di un ufficiale giusdicente forense discende da motivi di suspicione verso i Capitani (*"Considerantes quam difficile sit inter suos consanguineos, affines, concives et familiares justitiam aequali statera et libramine administrare et praesertim ubi agitur de nece et vita hominum et aliis gravibus et irreparabilibus praepjudiciis..."*). La procedura di nomina è particolarmente laboriosa, coinvolgendo una pregiudiziale deliberazione consiliare in tal senso e la designazione del candidato all'ufficio semestrale da parte del Duca d'Urbino, garante dell'autonomia sammarinese. Ma ciò che più conta è la definizione dei poteri che il giusdicente forense esercita: *"Habebit autem dictus Commissarius in solidum cum Dominis Capitaneis et quolibet eorum jurisdictionem, auctoritatem et facultatem cognoscendi, diffiniendi et terminandi omnes et singulas civiles, criminales, meras et mixtas lites et causas vertentes inter homines et personas in Terra praedicta (...). Habebit etiam dictus Commissarius una cum Dominis Capitaneis in solidum ut supra, merum et mixtum imperium et gladii potestatem cognoscendi, terminandi, diffiniendi et condemnandi ac absolvendi de omnibus et singulis delictis et excessibus, maleficiis vel quasi, quae committerentur in homines et personas de Terra antedicta..."*. La

norma statutaria evidenzia oltre ogni dubbio come nell'ufficio del Commissariato non si sia attuato un trasferimento della titolarità della giurisdizione di primo grado, ma una partecipazione ad essa del giusdicente forense *in solidum* con i Capitani, in un'ottica di straordinarietà e di temporaneità di tale ufficio. I compilatori della Raccolta delle Leggi del 1900, si è detto, richiamano in nota il Codice di Procedura Penale del 2 gennaio 1878. Ma proprio questa fonte agli artt. 13 e 14, nello stabilire la struttura del Tribunale Commissariale, proclama lapidariamente: "Col presente articolo e coi susseguenti non s'intende portata veruna alterazione alle facoltà giurisdizionali competenti alla Reggenza giusta lo Statuto". La giurisdizione della Reggenza trova ulteriore fondamento nella rubr. I del libro II *Civilium causarum*, dal titolo "*De iurisdictione et officio Dominorum Capitaneorum in civilibus*", ove il Tribunale dei Capitani assume competenza esclusiva nella materia. La successiva rubr. II *De recusatione et suspicione Dominorum Capitaneorum* ricalca l'impostazione dell'analoga rubrica dello statuto del tardo '500, vista in precedenza. Appare singolare l'annotazione apposta dai compilatori dell'edizione del 1900 a pie' di pagina ("Ai Capitani è oggi effettivamente sostituito il Commissario"), ove il richiamo alla situazione di fatto non supportata da alcuna norma giuridica denuncia il disagio che suscita la constatazione della divergenza fra la norma e il mero stato di fatto, realizzato, come meglio si vedrà, *extra legem*.

Il libro III *Maleficiorum*, in quanto abrogato in larga parte a seguito dell'adozione del Codice Penale nel 1865 e del Codice di Procedura Penale nel 1878, non impone particolare attenzione se non per evidenziare come la rubr. I *Quot ac quibus modis super maleficiis procedi possit* individuasse nella Reggenza il giudice ordinario. Esige invece il più attento esame la rubr. I *De electione Dominorum Judicum in causis appellationum* del libro IV *De appellationibus*, rubrica considerata in tutto vigente dagli autori della Raccolta del 1900. Semplice il modo di elezione dei due Giudici: "Consilium nostrum Generale sexaginta virorum posthac eliget viros probos et idoneos ad numerum viginti, quorum nomina in brevibus describantur, et brevia ipsa in loco apto reponantur, ut congruo tempore duo ex eis in publico Consilio praedicto extrahantur et extracti Judices ordinarii causarum appellationum et aliarum in sequenti rubrica descriptarum existant". (...) "Et ad obviandum fraudibus, facta dictorum viginti virorum electione praedicta in Consilio generali, ut supra, antequam brevia in loco praedicto

reponantur, debeant nomina eorundem sigillatim per Cancellarium Communis in libro solito registrari cum diei, mensis et anni adnotatione, exprimendo quod illa sunt nomina illorum qui pro futuro tempore in Judices causarum appellationum extrahentur de semestre in semestrem donec eorum aliquis supererit". Dai commi trascritti della rubrica in parola si ricavano con evidenza i caratteri precipui della magistratura dei Giudici di appello: la collegialità, la durata semestrale dell'ufficio, l'assenza di divieti a ricoprire l'ufficio per i cittadini sammarinesi.

Sono dati questi di cui si dovrà già da ora prendere buona nota. La loro competenza è sinteticamente delineata dalla rubrica II *De officio et iurisdictione Dominorum Judicum appellationum et de appellationibus interponendis ab eis*, la quale recita: "Statuimus et ordinamus quod Domini Judices appellationum praedicti sint et esse debeant Judices appellationum et nullitatum et reclamationum, restitutionum in integrum principaliter etiam propositarum et reductionum ad arbitrium boni viri etiam ab arbitris et arbitratoribus, licet possint etiam partes super iis recurrere ad ordinarios in casibus in quibus iure communi permittitur. Et in appellationibus interponendis et nullitatibus dicendis a dictis dominis Judicibus appellationum vel gestis ab eis et ab aliis officialibus dictae Terrae ad Consilium duodecim ipsius Terrae debeat appellari et ipsi in illis sint et esse intelligantur Judices competentes. Qui possint dictam appellationis causam committere alicui probo viro partibus non suspecto in territorio vel extra. Possint autem Judices appellationis ferre sententias et totum processum fabricare in quolibet loco, et non vitietur propterea sententia, nec processus. Coram ipsis autem Judicibus 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. Idem statuendo si coram Consilio duodecim per appellationem agetur".

Ancora ricorderemo di questo libro la rubr. VII *Quod non liceat nisi semel tantum appellare et de duobus sententiis conformibus*, rubrica che individua nel Consiglio dei XII l'organo di terza istanza in alcune ipotesi delimitate. Ancora la rubr. VIII *De poena dominorum Judicum non expedientium causam infra tempus pone sanctioni a carico dei giudicanti negligenzi nella trattazione delle cause*.



Ricorderemo ancora nel libro VI *Dammorum datorum* la rubr. II *De modo procedendi in damnis datis per querelam*, la quale individua nei Capitani i giudici ordinari anche in tale materia.

Giunti al termine di questo rapido *excursus* fra i codici statutari di S. Marino, può riassumersi in compendio la struttura delle giurisdizioni, quali sono poste dallo Statuto del 1600 nelle parti vigenti ancora nel secolo presente. Sono dunque i Capitani giudici ordinari di prima istanza a competenza generale in base al principio della collegialità. Le cause d'appello sono demandate ai Giudici delle appellazioni, organo duumvirale di durata semestrale, mentre l'eventuale giudizio civile di terza istanza compete al Consiglio dei XII, secondo le procedure dello statuto e del diritto comune. Da ciò si ricavano alcune conclusioni di per sé evidenti: tutti gli organi giurisdizionali sono collegiali; non esistono divieti statutari a ricoprire tali magistrature per i cittadini di S. Marino, anzi evidentemente la cittadinanza è condizione inderogabile per accedere alla Reggenza ed al Consiglio dei XII, mentre lo stesso *consilium sapientis* può espressamente emettersi da cittadino di S. Marino<sup>18</sup>. L'ufficio del Commissario d'altro canto è del tutto straordinario e temporaneo, e comunque non realizza una estinzione della potestà giurisdizionale dei Capitani, così come è ribadito *ad abundantiam* dall'art. 14 C.P.P.

### 3. Osservanza delle norme.

Fin qui gli aspetti normativi, sia pure per sommi capi. Conviene a questo punto effettuare qualche verifica relativa all'applicazione delle norme. Già si è rilevato come la norma statutaria spesso rifletta e cristallizzi una prassi sperimentata da decenni. Gli statuti insomma non introducono riforme radicali, ma normalizzano consuetudini giuridiche ben collaudate in precedenza. In tale spirito, se l'ufficio del Commissario appare solo nello statuto del 1600, la sua pratica introduzione, per quanto straordinaria ed episodica, risale ad almeno un secolo prima dell'ultima statuizione. E' noto che con la patente di nomina rilasciata nel 1497 a tale

<sup>18</sup> Come si è visto, duumvirali sono le magistrature dei Capitani e dei Giudici d'appello. La composizione duumvirale prevale in genere nei maggiori uffici della Comunità: i Sindacatori (rubr. XIX), i Prefetti dell'Archivio (rubr. XXX), i Sindaci della Comunità (rubr. XXXVI).

Benedetto Venturelli di Gubbio a firma del cancelliere del Comune Antonius, munita del *sigillum magnum* della comunità, i "Capitanei Rectores et Gubernatores Terre Pennarum Sancti Marini" nominano il predetto dottore "in vicarium et assessorem nostrum in dicta nostra Terra" per un semestre da agosto con emolumento di cinque ducati aurei al mese. La qualifica attribuita e più ancora il tenore della patente evidenziano il carattere non autonomo dell'ufficio, che non può in alcun modo assimilarsi a quello del Podestà, poichè le sue funzioni sono meramente sussidiarie rispetto a quelle dei Capitani, cui compete la titolarità della giurisdizione<sup>19</sup>. Non ci sono elementi, almeno fino a questo momento, per asserire che il ricorso ad un uomo di legge straniero nel '400 fosse normale. Tale ricorso diviene peraltro abbastanza frequente nei due secoli seguenti, anche per l'autorevole sollecitazione dei duchi d'Urbino al fine di ovviare a non infrequenti dissidi cittadini<sup>20</sup>, ma non assume ancora carattere continuativo, almeno fino alla seconda metà del '600. Così come non può ricondursi ad alcuna norma generale il prolungamento dell'ufficio oltre il semestre, fino a giungere, nel secolo scorso in via di mera prassi, alla nomina triennale. Così come deve ricondursi a prassi e non a norma la recente omissione del giudizio di sindacato al termine del periodo di nomina, tanto più paradossale quando si consideri che tale giudizio, pur nei limiti oggettivi insiti nell'istituto, sopravvive per i soli Capitani, i quali "esercitano l'ufficio di Capo dello Stato secondo il principio della collegialità" (art. 3 legge n. 59

<sup>19</sup> A.S. R.S.M., *Bolle, brevi, capitoli, trattati, etc.*, busta 34, doc. 16.

<sup>20</sup> Atipica però è la funzione svolta dai commissari o piuttosto podestà, che ne decennio a partire dal 1560, si avvicendarono nell'ufficio (M. A. Tortora di Pesaro, Buonclerico di Cagli, P.A. Pucci di Urbino, T. Mercatucci di Urbino, ecc.) per mandato ducale, in un periodo di gravi turbolenze all'interno della Comunità, in forza dei poteri d'ingerenza e di tutela spettanti ai Della Rovere (v. *Tre documenti inediti riguardanti la Rep. di S. Marino*, a cura di G. Grossi, Pesaro 1888; *Fonti per lo studio dei rapporti fra il Ducato d'Urbino e la Comunità di San Marino (1560-1571)* a cura di C. Buscarini, in "Studi Sammarinesi" (VII) 1990). Del resto la designazione a podestà a S. Marino da parte dei duchi d'Urbino è prassi attestata fin dai primi del '500, pur nella discontinuità dell'ufficio, determinata da ovvie ragioni di carattere finanziario, come attesta una lettera del duca Guidubaldo da Montefeltro, in data settembre 1503, con cui si sollecita la nomina di Gioanne Todesco di Sant'Angel "bono, sufficiente et pratico doctore de lege" (A.S. R.S.M., *Carteggio della Reggenza*, anno 1503).

del 1974), ufficio apparentemente non assoggettabile a giudizio, se non avanti al Consiglio dei LX nella sua composizione plenaria e secondo particolari procedure di garanzia e per ipotesi specifiche. Se si scorrono inoltre gli elenchi dei Commissari della Legge<sup>21</sup>, oltre alla discontinuità temporale di tale ufficio, si rileva la frequente nomina di cittadini sammarinesi a tale magistratura, sia pure con la qualifica di pro-commissario, il che dimostra come il divieto relativo alla cittadinanza non fosse percepito come un dato insormontabile.

Per quanto concerne il Tribunale dei Giudici delle Appellazioni, non è difficile seguirne con relativa continuità la vicenda storica. E' sufficiente scorrere i volumi di elezioni dei pubblici ufficiali<sup>22</sup>, a cominciare dal Libro A (1530-1552), per poter constatare l'applicazione delle procedure di elezione di tale organo. Appunto a c. 6 del predetto volume, sotto la data del 2 ottobre 1530, al tempo del pontificato di Clemente VII ed essendo imperatore Carlo V d'Austria (così è datato l'atto), si legge l'atto di elezione dei due Giudici delle Appellazioni Giuliano di Marino Paolo e Giacomo di Evangelista Belluzzi, designazione fatta da quattro del Consiglio speciale e dai due Giudici uscenti Nicolaus q. Francisci Balducci e Vita de Aleuixii de Corbellis. L'atto riassume inoltre i poteri e le facoltà attribuite ai predetti giudici, i quali come si vede, sono cittadini di S. Marino. La dimensione di questa ricerca non consente di seguire passo passo l'avvicendamento dei Giudici delle Appellazioni nel tempo. A titolo indicativo si elencano i primi atti di elezione dei Giudici: a c. 10 v. il 2 aprile 1531, a c. 23 il 15 aprile 1533; a c. 27 il 4 ottobre 1533; e c.30 v. il 6 aprile 1534; a c. 33 v. il 14 ottobre 1534; a c. 38 v. il 4 aprile 1535; a c. 42 v. il 3 ottobre 1535; a c. 48 v. il (...) aprile 1536; a c. 53 il 8 ottobre 1536; a c. 58 il 5 aprile 1537; a c. 61 v. il 5 ottobre 1537, e così di seguito. Si nota che nel volume l'atto di nomina dei Giudici delle Appellazioni, che in genere segue immediatamente quello d'elezione dei Capitani, ha le stesse solennità di quello, oltre che le stesse procedure (elettori sono infatti i due cittadini uscenti dall'ufficio e quattro del Consiglio dei XII). Tanto era ritenuto importante l'ufficio dei Giudici d'appello, il quale, per quanto attiene alla giurisdizione, si può

<sup>21</sup> L'elenco dei Commissari si legge in N. De Liveri, *Libro d'oro della Repubblica di San Marino*, Foligno 1914.

<sup>22</sup> A.S. R.S.M., *Elezioni di pubblici ufficiali*, busta 27.

definire modellato in tutto su quello dei Capitani. Per inciso si nota come da c. 72 a c. 80 v. del citato Libro si leggono "Capituli et ordinj de Lordinantia de la Terra di San Marino", un vero regolamento militare recante la data del 23 febbraio 1539. Ancora da c. 114 v. a c. 119 si leggono "*Banimenta generalia*" adottati dal 6 settembre 1542 in poi.

Il Libro B della stessa serie copre il periodo 1553 - 1578 ed ha struttura analoga al precedente. A c. 83 peraltro si registra una innovazione nella procedura di elezione dei Giudici d'appello<sup>23</sup>. Si legge infatti alla predetta carta: "In Christi nomine amen. Die 12 mensis aprilis 1562. Congregato et cohadunato il numero delli cento cinquanta cioè li doi terzi della terra et un terzo del contado secondo li decreti et ordini novamente fatti per decta Comunità ad ellegere creare e deputare doi homini boni idonei e sufficienti in Judici delle Apellationj de dicta Terra con iurisdictione potesta e autorità a essi data concessa et atributa dalla forma delli statuti decreti e reformationi della Comunità della detta Terra di San Marino furono eletti preposti et nominati li infrascritti cioè è M.ro Cesare de Ser Bartolo Cionino et Ser Gio. Paulo d'Andrea de Sinibaldo li quali medesimamente furono ballottati secondo la forma de detti decreti et ordini da detti cento cinquanta cioè è da quelli che se ritrovorno essere presenti nella detta congregatione et detto M.ro Cesare ottenne in favore ballotte 75 et contrarie ballotte 10 et detto Ser Gio. Paulo ottenne in favore ballotte 74 et contrarie ballotte 11 e così per la forma de detti ordini e decreti furono eletti e deputati in Judici delle appellatione della Comunità di detta Terra per li sei mesi prossimi da venire incominciando a di sopradetto et durante perfino la nova ellectione da farsi delli altri suoi successori, ellessero li sopradetti Ser Gio. Paulo d'Andrea Sinibaldo e M.ro Cesare di Ser Bartolo Cionino".

Procedura analoga si registra nell'Arengo dei centocinquanta convocato il 4 ottobre 1562 dai Capitani e dal Commissario Paolo Antonio Pucci d'Urbino, ove appaiono eletti a Giudici d'appello Bartolo Belluzzi e Antonio Bellini (a c. 86). Tale Arengo dei centocinquanta è ancora collegio elettorale dei Giudici d'appello (e prima, dei Capitani) nella riunione del 16 aprile 1564 presieduta dai Capitani e dal Commissario Thideo Mercatucci d'Urbino, ove si

<sup>23</sup> Anche tale innovazione si iscrive nel tentativo di "democratizzazione" posto i decreti ducali elaborati dal Tortora (v. *supra* n. 20).

ellesse tale magistratura (a c. 99). Ma già nel 1569 il sistema basato sull'Arengo dei centocinquanta appare in sostanza superato. Si legge sotto la data del 12 aprile 1569 che i Capitani "elegerunt deputaverunt nominaverunt atque creaverunt secundum antiquam consuetudinem stilum et ordinem in eorum officiales et sibi coadiutores et consiliarios considerantes quod a semet ipsis non bene possunt custodire nec gubernare Terram nostram libertatis predictae absque auxilio aliorum officialium et consiliariorum ex autoritatibus potestatibus facultatibus atque bailiis eorum concessa a Statutis dicte Terre ad laudem et gloriam omnipotentis dei eiusque gloriose virginis Marie totiusque celestis curie et protectoris ac defensoris nostri divi Marini ordinaverunt ut infrascriptos consiliarios et officiales pro sex mensibus proxime futuris incipiendo in hac presente die ut sequitur et feliciter finiendo usque ad novam electionem aliorum officialium, imprimis in Iudices apellationum D. Iulianum Corbellum (et) Franciscum Ser Bas. i de Sancto Marino usque ad novam electionem et creationem aliorum Iudicum, qui Domini Iudices una voce nemine discrepante fuerunt nominati electi et approbati in generali arengo hominum Terre libertatis Sancti Marini sub dicta die...". Seguono poi nello stesso atto le nomine del Consiglio dei LX e delle altre magistrature ed uffici (a cc. 156-159). Da questo momento la elezione dei Giudici d'appello non è che un comma della elezione dei pubblici ufficiali, nella quale la scelta fatta dai Capitani ha forma e sostanza di nomina delle persone destinate all'ufficio. Gli stessi Capitani tornano ad essere eletti da un collegio ristretto nelle antiche forme.

Il successivo libro C (1579-1588) attesta la prassi consolidata per la quale i Giudici d'appello, così come gli altri ufficiali, vengono proclamati dai Capitani nell'Arengo semestrale, il quale in sostanza si limita a prendere atto della nomina. Il libro D (1589-1612) dimostra poi che i Giudici d'appello venivano, nell'ultimo scorcio del '500, pubblicati dai Capitani nemmeno per primi nella lista degli ufficiali, quasi a testimoniare una diminuzione di prestigio dell'ufficio, che spesso addirittura appare vacante. Nel libro E (1613-1636) la magistratura dei Giudici d'appello negli atti semestrali di pubblicazione degli ufficiali della Comunità appare per lo più subito dopo l'elenco dei componenti il Consiglio dei LX. Si può ragionevolmente presumere che i due Giudici d'appello venissero effettivamente designati secondo il procedimento di cui alla citata rubr. I del lib. IV. Il seguente libro F (1642-1740) non sovviene alla nostra ricerca in quanto contiene gli elenchi dei

nominati di semestre in semestre ai minori impieghi, come custodi delle Porte del Luogo e della Ripa, Sovrastanti alle vettovaglie, Sovrastanti a vie ed acque, ecc. E' sufficiente però scorrere i fascicoli delle cause d'appello fino agli inizi dell'800 per constatare la sopravvivenza della magistratura duumvirale dei Giudici delle appellazioni ed il suo esercizio da parte di cittadini sammarinesi<sup>24</sup>. Una prima innovazione, che resta però nello spirito della norma statutaria, si ha nel primo quarto del secolo scorso, allorché, mantenendo la collegialità della magistratura, si ricorre in prevalenza a giuristi forensi ai quali si affida la decisione della singola causa. E' lecito presumere che a ciò si addivenisse principalmente per l'impossibilità di reperire a S. Marino giurisperiti sufficientemente esperti per cause di crescente complessità tecnica.

E' tuttavia poco dopo la metà del secolo scorso che si instaurano procedure e prassi del tutto *extra legem*. Ciò non solo per la giurisdizione d'appello, ma anche per quella di primo grado. La nomina triennale del Commissario, fermo restando il giudizio di sindacato al termine del triennio<sup>25</sup>, si è consolidata ormai come prassi costante. Ciò che stupisce semmai è che tale prassi venga dissimulata come norma statutaria. Nella seduta del Consiglio principe del 18 aprile 1858 si legge infatti: "L'illustrissimo Sig. Dr. Gaetano Landi Commissario della Legge, nel ricordare che col 9 giugno prossimo compie il triennio prescritto dallo Statuto, (...) osa dichiararsi disposto e volenteroso a servire ancora la Repubblica quando piaccia al Generale Consiglio di rifermarlo"<sup>26</sup>. Quando poi morì il Landi, il 18 ottobre 1858 il Consiglio Principe elesse parimenti Commissario l'avv. Eduardo Del Sarto. Il momento di frattura rispetto al dettato statutario si ha tuttavia con la deliberazione assunta nella seduta del Consiglio Principe del 26 ottobre 1858: la Reggenza propose al Consiglio "Di nominare il lodato sig. prof. Zupetta alla cattedra delle Istituzioni Civili e Criminali da leggersi almeno quattro volte la settimana. Di nominarlo pure Giudice in prima istanza nelle cause criminali, e Giudice di appello o di seconda istanza nelle civili, coll'obbligo di compilare il Codice penale già

<sup>24</sup>A.S. R.S.M., *Giudici delle Appellazioni. Cause*, buste 346-351.

<sup>25</sup>A.S. R.S.M., *Carteggio della Reggenza*, passim.

<sup>26</sup>A.S. R.S.M., *Atti del Consiglio Principe*, libro OO n. 38, c. 45 v.

decretato, e di completare le Leggi ipotecarie nella parte mancante"; e propose in fine di restringere le attribuzioni del già eletto Commissario Del Sarto a quelle soltanto di giudicare in prima istanza nelle Cause civili e di compilare i processi criminali".<sup>27</sup> Con l'approvazione di simile proposta, pur senza attuare le indispensabili riforme statutarie, l'organizzazione giudiziaria sammarinese subiva in via di fatto un mutamento radicale. Balza evidente in primo luogo il contrasto fra la norma statutaria e la nuova situazione per quanto riguarda la giurisdizione di appello: ad una magistratura collegiale, in via di fatto se ne sostituisce una monocratica; la nomina semestrale viene a cadere; nel tempo si ingenererà l'errata convinzione della inaccessibilità della magistratura da parte dei sammarinesi per estensione della disposizione statutaria concernente il solo Commissario.

Singolare, anche se evidentemente del tutto precaria, la disposizione che riduce in materia penale il Commissario alle sole funzioni di istruttore. Nella seduta del 17 febbraio 1859 i due giusdicenti assumono i nuovi incarichi: "Furono introdotti secondo l'antico costume nella sala del Consiglio i nuovi signori Commissari della Legge signori avv. Del Sarto e Luigi Zuppetta. Il primo di essi diresse a questo Principe parole di ringraziamento per la di lui elezione a giudice di prima istanza in civile ed a giudice processante nel criminale. E dopo di lui dal lato suo anche il prof. Zuppetta con ordinata ed elegante allocuzione espresse del pari i suoi ringraziamenti per gli alti uffici che gli erano stati conferiti di Cattedratico in Diritto civile e penale, di giudice criminale in prima istanza, di giudice di appello nel civile, e di compilatore di un progetto del codice penale per questa Repubblica"<sup>28</sup>. Ormai allo Zuppetta si attribuivano molteplici e delicati incarichi; così nella seduta del 29 agosto 1859 "si espone dalla Ecc.ma Reggenza che dopo compito il Codice Penale converrebbe pure prendere a riformare il Codice civile e di procedura, e propone che la Reggenza stessa possa invitare il prof. Zuppetta per questo lavoro. Il Consiglio nell'accogliere la proposta con generale soddisfazione, demandava alla Reggenza la relativa facoltà"<sup>29</sup>. Intanto al dimissionario

<sup>27</sup> Ibid., c. 60.

<sup>28</sup> Ibid., c. 63 v.

<sup>29</sup> Ibid., c. 81 v.

Commissario Del Sarto il 15 settembre 1859 il Consiglio sostituiva Tito Saliceti di Napoli, proposto dallo Zuppetta, al quale il Consiglio deliberava una dichiarazione onorevole nella seduta del 23 ottobre in riconoscenza dei molti incarichi espletati. Tuttavia i troppi oneri d'ufficio indussero Zuppetta a chiedere un ridimensionamento dell'incarico stabilendo il Consiglio nella seduta del 29 dicembre 1859 "che l'istruzione del processo delle cause civili di appello sia come in avanti si praticava, fatta avanti la Ecc.ma Reggenza e quindi venga trasmesso il processo stesso così compito al prof. Zuppetta per l'opportuna sentenza. Che poi le cause criminali egualmente dal giudice Commissario in via provvisoria si giudichino in prima istanza dal giudice Commissario come in addietro, e che la Ecc.ma Reggenza s'interessi perchè il prof. Zuppetta resti con ciò soddisfatto"<sup>30</sup>. Con tale risoluzione veniva in pratica azzerata la riforma che in via di fatto lo Zuppetta aveva fatto adottare principalmente al fine di scindere, in materia penale, la figura dell'istruttore da quella del giudice decidente. Restava acquisita per altro la innovazione del giudice d'appello non più duumvirale, ma monocratico. Intanto il 29 aprile 1860 il Consiglio prendeva atto della lettera di dimissioni dello Zuppetta dagli uffici ricoperti, il quale inoltre sollecitava l'espletamento del giudizio di sindacato prevedendo di partire in maggio. E lo Zuppetta effettivamente se ne partì, tanto che nella seduta del 25 ottobre 1860, su sollecitazioni di parte, il Consiglio elesse a giudice di appello per la singola causa in oggetto l'avv. Giovanni Fachinetti di Rimini e "prescrisse pure che venendo a mancare definitivamente il giudice stabile di appello si osservi in seguito il sistema praticatosi in prima, di divenire alle nomine dei giudici di appello nei singoli casi dalla Ecc.ma Reggenza"<sup>31</sup>. Frattanto s'era congedato anche il Commissario Saliceti: il 5 agosto 1861 il Consiglio affidava l'ufficio di pro-commissario al dr. Filippo Belluzzi, cittadino sammarinese. La vacanza delle magistrature giudiziarie fu risolta nella seduta del 8 marzo 1862, nella quale il Consiglio "prescelse all'unanimità di suffragi in Commissario della Legge l'Ecc.mo Sig. Avv. Dr. Federico Venturini di Ferrara, colle attribuzioni di Giudice di prima

<sup>30</sup> Ibid., c. 99.

<sup>31</sup> Ibid., c. 151 v.

istanza per civile, dell'istruzione dei processi criminali, e di assistere come Uditore l'Ecc.ma Reggenza e giusta i capitoli relativi. (...) Lo stesso Generale Consiglio volle pure eleggere il nuovo Giudice di appello, di prima istanza nel criminale e di precettore delle leggi per la gioventù in luogo del già partito prof. Zuppetta, e prescelse a pari unanimità il prof. avv. Giuliani che per alcuni mesi dimorò in questa Repubblica nello scorso anno"<sup>32</sup>.

Nella seduta del Consiglio del 29 aprile 1865 fu confermata la nomina triennale del giudice prof. Giuliani, il quale però pochi mesi dopo espresse l'intenzione di allontanarsi da S. Marino. Per tali ragioni il Consiglio del 26 agosto 1865 approvò la seguente convenzione: "permettere al prof. Giuliani di stare assente dalla Repubblica e di risolvere tutte le cause civili e criminali ed esporre voti consultivi nel luogo ove stabilisce la sua dimora, ove dall'ufficio della Ecc.ma Reggenza gli si dovrebbero spedire assicurati per la posta i relativi processi sia delle cause civili, sia della cause criminali. Stabilire che il Tribunale di appello per ciò che riguarda la compilazione degli atti debba essere rappresentato dalla Ecc.ma Reggenza; che la pubblicazione delle sentenze della Corte di appello e del Giudice criminale di prima istanza debba essere assistita dalla stessa Ecc.ma Reggenza. Acconsentire che il sig. Professore Giuliani sostituisca nel suo ministero di precettore di diritto il sig. Comm. avv. Federico Venturini, Commissario della Legge. Che il capitolato firmato dal sig. Professore Giuliani debba rimanere in tutto il resto nel suo pieno vigore"<sup>33</sup>.

In tal modo, per via di semplici capitoli e senza interventi legislativi, in via di mera prassi *extra legem*, l'ufficio dei giudici delle appellazioni usciva completamente alterato nella composizione, nella durata, nei caratteri precipui. Purtroppo lo spirito dello statuto continuava ad aleggiare: così nella seduta del 23 ottobre 1865, di fronte all'appello proposto contro una sentenza penale di primo grado, "il Consiglio nel dichiarare che la Reggenza debba

<sup>32</sup> *Atti del Consiglio Principe*, libro PP n.39, c.8 (cfr. A. Gambi, *Giuseppe Giuliani giudice e professore a S. Marino*, tesi di laurea, rel. prof. M. Sbriccoli, Univ. di Macerata, anno acc.1987-88; F. Chiavari, *Giuseppe Giuliani legislatore della Rep. di San Marino*, tesi di laurea, rel. prof. M. Sbriccoli, Univ. di Macerata, anno 1985-86).

<sup>33</sup> *Atti del Consiglio Principe*, libro PP n.39, c.194.

rappresentare il Tribunale Criminale di Appello, autorizzò pure la medesima a divenire alla nomina dei giudici in secondo grado, la quale avanti il Consiglio stesso presentò, nominò ed elesse gli Ecc.mi Signori Avvocati Raffaele Feoli e Ferrante Ferri Pasolini residenti in Aquila"<sup>34</sup>. Con ciò, almeno per il settore penale, si rientrava nella norma statutaria quanto alla collegialità del giudicante, ma non per quanto attiene alla durata dell'ufficio e alla sua sede. Intanto il Commissario della Legge instava al Consiglio per conseguire la stabilità nell'ufficio. Il Consiglio del 31 luglio 1867 l'accoglieva di massima rinviando peraltro ad apposito decreto, stabilendo inoltre che il Commissario "debba di tre in tre anni domandare riforma e sottostare al Sindacato, che s'intenda decaduto dal diritto di pensione ognora che si allontanasse dalla Repubblica senza permesso o gli piacesse di rinunciare spontaneamente all'ufficio che copre, e dovesse sottostare alle sanzioni penali prescritte dal vigente codice"<sup>35</sup>. Ancora una volta si è di fronte ad un progetto di convenzione con il giurisdicente *pro tempore*, non ad una riforma legislativa della magistratura, come si evince dal testo approvato dal Consiglio il 27 agosto 1867. Per quanto riguarda invece la giurisdizione di appello in penale, continua a perpetuarsi l'uso di nominare per la singola causa due giudicenti, così come si legge agli atti consiliari del 12 settembre 1867, quando si nominarono a tale ufficio il Presidente della Corte d'appello di Ancona e il Consigliere della stessa Ferrante Ferri Pasolini, e successivamente si sostituì il primo con altro Consigliere della stessa Corte, l'avv. Paolo Balestri. Gli stessi due magistrati sono nominati Giudici d'appello, in data 23 aprile 1868, in altra causa penale. Ma la anomala situazione del Tribunale di appello per le cause civili non poteva non essere eccepita; infatti nella seduta del 18 giugno 1868 i ricorrenti Casini e Gaffarelli, eredi del defunto Agostino Filippi, gravati di sentenza sfavorevole in prima istanza, instavano affinché "anche per provvedimento generale voglia il Principe Consiglio costituire il Tribunale di appello almeno col personale di due Giudici secondo l'antico sistema e secondo le sapientissime disposizioni statutarie...". Il richiamo al principio di legalità non valse a convincere il Consiglio che "opinò doversi mantenere l'attuale

<sup>34</sup> *Ibid.*, c.202 v.

<sup>35</sup> *Atti del Consiglio Principe*, libro QQ n.40, c.59.

organamento del Tribunale di appello coll'elezione di un Giudice per le cause di appello in civile e di prima istanza in criminale, non comportando per ora le pubbliche finanze di aumentare onorari per altri distinti impiegati"<sup>36</sup>. E nella stessa seduta si rinnovò l'incarico al Giuliani. Nelle cause penali peraltro si continua nella nomina dei due giudici di appello per ogni singola causa. Il 22 giugno 1869 sono eletti dal Consiglio l'avv. Pietro Ellero e il prof. Vizzani di Bologna. Analogamente il 26 febbraio 1870 il Consiglio nomina Giudici d'appello in penale gli avv. Ferrante Ferri Pasolini e Emmanuele Martucci di Ancona. Il 25 agosto 1870 il Consiglio prorogava di un altro triennio l'incarico del Commissario Federico Venturini. Nella seduta del 23 maggio 1871 il prof. Giuliani veniva confermato per un triennio nel doppio incarico di Giudice di appello per le cause civili e di giudice di prima istanza per quelle penali. Il 31 luglio 1871 il Consiglio inoltre prendeva atto delle dimissioni del Commissario Venturini, passato ad alto ufficio giudiziario nel Regno, ed in pari data gli nominava i due Sindacatori. L'ufficio di pro-commissario fu affidato all'avv. Palombini, che il 30 gennaio 1872 il Consiglio prolungava di un semestre; poi nella seduta del 28 luglio 1872 il Palombini fu nominato Commissario per un triennio. Quanto alla giurisdizione di appello in penale, sotto la data del 28 settembre 1872 si trovano nominati a decidere una singola causa gli avv. Giovanni Facchinetti e Raffaele Mazzotti. Nella seduta del 23 novembre 1872 "sentito poi l'Arringo del dr. Menetto Bonelli che domanda sia fatto il Codice Civile, il Codice di commercio, di Procedura Civile e di Procedura Penale", il Consiglio risolse di affidare al Giuliani la redazione del codice di procedura penale, rinviando sul resto la decisione. Nella seduta del 13 ottobre 1873 sono nominati Giudici d'appello per una causa penale gli avv. Salvatore Bernardi e Clemente Marinelli. L'11 dicembre 1872 il Consiglio incaricava il sen. Astengo della compilazione del Codice civile. Il 21 maggio 1874 intanto il Consiglio confermava per un altro triennio il prof. Giuliani nel suo duplice ufficio.

Nella seduta del 17 luglio 1875 il Consiglio nominò nuovo Commissario l'avv. Giacomo Reggiani, eleggendo il 28 agosto i Sindacatori del Commissario Palombini. Il 24 maggio 1877 il prof. Giuliani veniva confermato per un altro triennio nei suoi uffici giudiziari. In seguito alla morte del medesimo sopravvenuta il 7

<sup>36</sup> Ibid., c.88.

marzo 1878, il Consiglio Principe nella seduta del 14 marzo 1878 addivenne alla seguente risoluzione: "nominare Giudice di prima istanza nelle cause penali il sig. avv. cav. Cesare Baudana Vaccolini, e Giudice di Appello per le cause civili e criminali il signor avv. Augusto Cataldi di Roma, affidando al Commissario della Legge l'insegnamento delle discipline legali, dichiarando che per i detti uffici si dovrebbe erogare il solo stipendio che percepiva il signor avv. Giuliani, con quella ripartizione che potrà stabilirsi al seguito delle trattative che si dovrebbero imprendere coi tre nominati giureconsulti"<sup>37</sup>.

Intanto nella seduta del Consiglio Principe del 29 aprile 1878 "fu data [...] lettura di una lettera del senatore Vigliani colla quale dopo lusinghieri rallegramenti ai nuovi Sig.ri Reggenti, torna a consigliare che si devenga alla compilazione del Codice civile, affinché la Repubblica si trovi al livello degli altri Stati civili di Europa. Il Consiglio apprezzando le ragioni dedotte dal sig. Vigliani stabili che dovesse riprendersi l'opera rimasta in sospeso e che si aggiungesse alla Commissione già eletta l'illustre avv. Cataldi, nuovo nostro magistrato". Nella seduta del 2 dicembre 1878 il Consiglio prese atto dell'impossibilità dell'avv. Baudana Vaccolini ad assumere l'ufficio di giudice penale di prima istanza e nominò in suo luogo l'avv. Carlo Kambo di Frosinone. Nella stessa seduta il Consiglio prese atto di una serie di quesiti di merito, proposti dall'avv. Cataldi al fine di redigere il codice civile, rimettendo allo stesso legista la facoltà di proporre le soluzioni più idonee. Intanto l'adozione del codice di procedura penale rendeva di competenza del Commissario il giudizio nei reati minori, di procedura prevalentemente orale. A tal fine il Commissario chiedeva al Consiglio di poter tenere i dibattimenti nei giorni feriali, ai sensi dell'art.176 del codice. Ciò nella seduta consiliare del 23 gennaio 1879. Intanto moriva il Giudice penale di primo grado Carlo Kambo; nella seduta del 26 febbraio 1881 il Consiglio eleggeva in tale ufficio l'avv. Enrico Kambo di Roma, figlio del defunto. Il 10 marzo 1881 fu confermato per un triennio il Giudice di appello civile e penale avv. Augusto Cataldi, autorizzato a ricevere in Roma il giuramento del giudice Kambo. Il 20 novembre 1882 il Consiglio prendeva atto delle dimissioni da giudice d'appello dell'avv. Cataldi; il 21 dicembre eleggeva a tale ufficio l'avv. Giuseppe Ceneri. Il 26

<sup>37</sup> *Atti del Consiglio Principe*, libro SS n.42, c.160 v.

giugno 1884 il Consiglio Principe, a seguito delle dimissioni dell'avv. Ceneri, elesse a Giudice d'appello per le cause civili e penali l'avv. Marucchi. Il 26 agosto 1884 il Consiglio ricevette le dimissioni del Commissario Reggiani, ed il 19 febbraio 1885 elesse a tale incarico triennale l'avv. Pietro Granati di Firenze. Nella seduta del 20 maggio veniva sollecitato l'espletamento del Sindacato del Commissario Reggiani, ma nella seduta del 9 dicembre si decise di soprassedervi per il tempo decorso.

Non per questo l'istituto del Sindacato fu abbandonato; il 17 aprile 1888 deliberò il Consiglio il sindacato al Commissario Granati, essendo questi giunto al termine del triennio; ed elesse a Commissario l'avv. Pasini, il quale rinunciò alla nomina. Il 24 maggio fu eletto allora l'avv. Augusto Bai, designando intanto a pro-commissario il dr. Menetto Bonelli, in attesa del Bai. Il 16 agosto intanto il Consiglio accordava la riforma triennale ai giudici Guido Marucchi, quale giusdicente d'appello civile e penale; e Enrico Kambo, quale giudice penale di primo grado. Il 20 maggio 1889 il Consiglio nominava una commissione di illustri giureconsulti per la redazione del progetto di codice civile, affinché "il nuovo codice fosse un'opera originale e nazionale di lustro e di tipo legislativo"<sup>38</sup>, tema che tornò in discussione in Consiglio nella seduta del 27 agosto 1889; mentre il 5 settembre si deliberò la spesa per la venuta del prof. Brini. Il 3 luglio 1890 fu eletto il nuovo Commissario Trebbi di Fermo, a seguito delle dimissioni del Bai.

4. Eccezioni e regola nell'art.15 comma c.3 della legge 8 luglio 1974 n.59.

A questo punto si può tralasciare la sequela di nomine, conferme, dimissioni di giusdicenti di ogni grado. E' evidente infatti che ormai con assoluto empirismo il governo sammarinese ha instaurato una prassi *extra legem* nel reclutamento dei giusdicenti, la quale ignora del tutto il dettato statutario che si è sopra riferito. Il Tribunale dei Capitani, il Tribunale dei Giudici d'Appello, il Consiglio dei XII sono infatti organi ordinari di giurisdizione a composizione collegiale. L'ufficio del Commissario, a norma di Statuto, è del tutto straordinario e temporaneo. Nessun divieto statutario inibisce l'accesso dei sammarinesi alle tre giurisdizioni

ordinarie, anzi la cittadinanza è requisito inderogabile per accedere alla Reggenza e al Consiglio dei XII.

Alla luce quindi di quanto si è venuto esponendo, la norma della legge 8 luglio 1974 n.59, art.15 ("salvo le eccezioni statutarie i giudici non possono essere cittadini sammarinesi") va letta in stretta correlazione con le disposizioni statutarie più volte richiamate, talchè l'applicazione della norma del divieto finisce per restringersi al solo ufficio del Commissario della Legge, sul presupposto però del carattere straordinario e temporaneo dell'ufficio quale è posto inequivocabilmente dallo Statuto. Nessuna norma preclude quindi l'accesso dei cittadini sammarinesi, oltrechè alla magistratura dei Capitani ed al Consiglio dei XII, all'ufficio dei Giudici di Appello. Nè d'altro canto con la previsione della rubr.XXXI lib.I dello Statuto, concernente il Commissario della Legge, si è inteso trasferire dai Capitani al Commissario la funzione giurisdizionale, della quale al contrario partecipano gli uni e l'altro per esplicito dettato statutario, non a caso vigorosamente richiamato dal citato art.14 C.P.P. Poichè dunque la legge 8 luglio 1974 n.59 non ha inteso innovare, rispetto allo Statuto in materia di organi di giurisdizione, ma anzi ha richiamato esplicitamente le norme statutarie, è a quelle che deve risalirsi per determinare l'esatta composizione ed i requisiti relativi alla formazione degli organi giudiziari ordinari.

<sup>38</sup> Atti del Consiglio Principe, libro UU n.44, c.221 v.

SEVERINO CAPRIOLI

BREVE FOGLIO DI LUMI SUL *CONSILIUM SAPIENTIS* NEL  
SISTEMA SAMMARINESE

1. Fenomenia sammarinese del *consulere*. 1.1. Le norme. Riferimenti giurisprudenziali, dottrinali, storiografici. 1.2. Clausole impiegate. 2. Linee per la costruzione del *consulere* nell'odierno diritto sammarinese. 2. 1. Presupposti della disciplina. 2.2. Effetti soggettivi dell'atto che individua il consulente. Ed effetti sul procedimento. 2.3. *Consilium* vincolante. 2.4. I caratteri salienti dell'atto con il quale si deferisce il *consilium*; e dell'atto con il quale esso viene ricevuto. 2.5. Una dimostrazione della tesi *a contrario*. 2.6. Proposte non più recenti *de iure condendo* e loro antitesi con i caratteri risalenti e con le strutture attuali dell'ordinamento sammarinese. 2.7. Conferme nella disciplina recente. 3. Differente natura del "parere in merito alle questioni di legittimità costituzionale", e coerente disciplina di esso. 4. Caute prognosi.

1.1. Queste sono le occorrenze normative dell'istituto, salvo più completa informazione:

Stat. Lib. II, tit. 74 *De petitione consilii sapientis*, § 476ss. (su richiesta d'una parte: §§ 476, 480; su iniziativa del magistrato: § 485):

"[...] *Decernimus et statuimus quod licitum sit quibuscumque litigantibus [...] petere consilium sapientis iudicis non suspecti, et domini Capitanei dictam consilii petitionem [...] admittere teneantur, et secundum consilium iudicare*" (§ 476). "[...]

*Debeant [...] domini Capitanei causam committere uni sapienti, de quo partes concordauerint. Et quicumque aliquem suspectum allegauerit debeat specificare causam, et non sufficiat in genere eos suspectos allegare. Cui consilio acquiescat*" (§479).



L'effetto definitivo d'un tale consiglio è testuale: "...debeant [...] causam committere uni sapienti [...] Cui consilio acquiescat [...] pars" (§ 479). Con ciò ovviamente non restano esclusi i gravami ordinari delineati nello statuto, perfino il ricorso in terza istanza (come risulta dal medesimo paragrafo).

Stat. Lib. IV, tit. 7 *Quod non liceat nisi semel tantum appellare et de duabus sententiis conformibus* § 697ss. (terza istanza):

"[...] Aliqua partium [...] possit petere [...] sententiam iudicum [appellationum] in partibus non conformibus tantum reuideri cum consilio sapientis [...]" (§ 698).

"[...] Consilium duodecim [...] debeat [...] sententiam [...] reuidentem committere uni ex [sapientibus] [...] nominatis ab utraque parte" (§ 701).

"Si [...] partes in confidatis non essent concordēs, tunc [...] committat [...] cuiusque sibi placuerit [...]" (§ 702). "Si uero [...], tunc Consilium duodecim, uel saltem duae partes ex eo, debeant causam reuidentem committere consilio cuiuscunque uoluerint" (§ 703).

C.p.p. 2 gennaio 1878, art. 201: il giudizio di revisione "non può aver luogo, se non in forza di uno speciale rescritto del Consiglio Sovrano, colla nomina di un giureconsulto per la pronuncia del giudizio".

L. 5 giugno 1923 n.13, art. 2 n.1 (per l'osservanza di Stat. § 697ss.) e n.2 (per l'osservanza di Stat. § 476ss.). L'art. 6 L. 13/1923 consente ai Dodici l'impiego dell'istituto in ognuna delle materie previste dalla medesima legge. L'art. 5 della quale dettava disciplina per l'osservanza di Stat. Lib. I, tit. 22, § 27; la sua materia è ora attribuita alla cognizione del Giudice amministrativo d'appello per l'art. 36 c.3 L. 28 giugno 1989 n.68 - che per tal via deroga al § 27 dello Statuto, recando l'espressa abrogazione dell'art. 5 L. 13/1923-.

L. 27 luglio 1979 n.55, art. 14 cc. 2, 9-11 (ricorso contro la decisione della Commissione di controllo di legittimità, resa in sede preventiva). L'art. 36 c.5 L. 68/1989 abroga l'intera L. 55/1979.

L. 28 giugno 1989 n.68, art. 21 (terza istanza amministrativa).

Una mera assistenza tecnica è consentita ai *sindicatores analphabeti* ("non litterati") negli Stat. Lib. I, tit. *De sindicatu dominorum Capitaneorum et aliorum officialium* § 24. Potevano i due *iudices ordinarii causarum appellationum* nominati secondo il

rito statutario (Lib. IV, tit. *De electione dominorum iudicum in causis appellationum* § 665) "*causam committere alicui probo uiro, partibus non suspecto, in territorio nel extra*" (§ 668).

Può vedersi la decisione del T. Comm. 8 gennaio 1924 (c. 171/1923), *Giur. samm.* 1924, p.29b-30a<sup>1</sup>; e per le pronunce di terza istanza, possono consultarsi il noto *Sommario* del Giannini<sup>2</sup>; G. Astuti, *Relazione della commissione per lo studio dei problemi istituzionali dell'ordinamento sammarinese*, Roma 1972, pp. 93, 100, 117, 130; e R. Bonelli, *Gli organi dei poteri pubblici nell'ordinamento della Repubblica di San Marino*, San Marino (1984), 1986, p.72s. Metteva insieme le risultanze d'un esame vasto degli statuti cittadini italiani (con sondaggio di dottrina) A. Pertile, *Storia del diritto italiano* VI, 2, Torino 1902, pp. 212-217, 305; sopra uno spoglio di statuti duecenteschi e di dottrina classica si fonda G. Rossi, *Consilium sapientis iudiciale* I, Milano 1958, pp. 200-224; mentre N. Horn, nel *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europaischen Privatrechtsgeschichte* dir. da H. Coing, I, Muenchen 1973, pp. 336-341, 315 si chiude entro visuali scolastiche, tutto proiettando immediatamente il *Literaturformen* (p. 333), fedele all'assunto riduttivo dell'impresa. I saggi di M. Ascheri, raccolti nel volume *Diritto medievale e moderno*, Rimini 1991, p. 181ss., sforzano questo confine, pur se risentono talvolta di accentuazioni sociologizzanti. Le prime linee d'una semantica rigorosa del *consulere* sono tracciate nel mio contributo al convegno *Società e istituzioni* II, Perugia, 1988, pp. 370 n.7, 377, 426 (per un accenno si veda poi il contributo al convegno *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli 1991, p.44).

Questo risulta certo: *consulere* è predisporre il tenore d'una delibera, quando ciò faccia un soggetto cui non compete propriamente il deliberare. Il soggetto del *consulere* è per sé incompetente alla stessa delibera, o perchè affatto estraneo all'organo, oppure perchè non si identifica con questo, essendone soltanto una parte. Basti a tal proposito osservare che si dice *consilium* anche la proposta di delibera, formulata dal membro di un collegio. La fenomenia è vastissima e pressochè insondata<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> un mero estratto di questa decisione è ciò che si legge in T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese* (1901), riveduto ed accresciuto [...] da F. VIROLI, San Marino 1967, p.23.

<sup>2</sup> pp.23, 177, 179.

<sup>3</sup> per i caratteri che segnano ancora oggi la storiografia giuridica dominante, l'inducono a guardare il *consilium* come genere letterario, non come istituto giuridico; ed a porsi come l'anacronistica ripetizione di dibattiti antichi, ed a schierar ora con il Deciani, ora con l'Alciato (osservazioni in tal senso nelle *Indagini su Bolognini*, Milano 1969, p.169s. n.70). Si veda intanto il contributo a *Società istituzioni* II, cit., p.426.

1.2. Tali clausole si trovano impiegate nelle delibere consiliari edite a stampa:

Il Consiglio dei Dodici "accoglie e fa proprio il parere [...]": 19 gennaio 1925 (c. 135/1922), *Giur. samm.* 1925, p.5a (terza istanza);

"accoglie e fa proprio il voto [...]": 31 marzo 1925 (c. 1/1922), *Giur. samm.* 1925, 7/b (terza istanza<sup>4</sup>);

"in accoglimento del voto [...] conferma [...]": 15 dicembre 1924 (c. 141/1922), *Giur. samm.* 1924, p. 6b (terza istanza);

"adottando il [...] parere tanto nelle motivazioni quanto nelle conclusioni, a voti unanimi dichiara [...]": 26 marzo 1934 (cc. riunite 6 e 128/1932, 130 e 145/1933), *Giur.samm.* 1933-1934, p.144<sup>5</sup> (unico grado penale, introdotto per reati politici con l'art. 1 L. 21 dicembre 1933 n.19; non terza istanza. Questa sentenza fu resa dal "Consiglio dei Dodici [...] con l'ordinaria procedura" [art. 4 L. 19/1933] della "terza istanza" [art. 1 L. 19/1933]. Revocata dal Consiglio Grande e Generale, 30 giugno 1945, *Giur. samm.* 1963, p. 386);

"fa proprio il [...] parere ed in conformità sentenza [...]": 13 maggio 1924, (c. 45/1923), *Giur. samm.* 1924, p. 5a (terza istanza);

"in conformità del parere [...] delibera [...]": 16 settembre 1954 (c. 14/1947), *Giur. samm.* 1963, p.23 (terza istanza);

"pronunzia in conformità del [...] parere": 27 novembre 1934 (c. 262/1933), *Giur. samm.* 1933-1934, p. 4 (terza istanza).

2.1. La disciplina discende da alcuni presupposti:

a) quanto agli organi collegiali, divieto per gli estranei di prendere parte all'attività dell'organo. Sancito in molti statuti comunali italiani, appartenenti all'area cui inerisce il sammarinese<sup>6</sup>,

<sup>4</sup> ricordata da T.C. GIANNINI, *Sommario*, cit., p.179, nota a.

<sup>5</sup> ed in volume, San Marino 1934, p.218.

<sup>6</sup> qualche dato in *Società e istituzioni II*, cit., p.426. Per San Marino, basti leggere Stat. Lib.I, tit. *De arengatoribus* § 12 (*uotum et consilium degli arengatores* in

questo divieto non sembra formulato nelle *Leges* vigenti, ma discende da saldi principi di diritto comune<sup>7</sup>; e del resto lo si induce dalla puntuale disciplina che è dettata negli statuti sammarinesi per la formazione degli organi, dal generale divieto sancito nel tit. 17 del libro I [§ 22], dall'esclusiva competenza assegnata al Consiglio Grande e Generale dal tit. 6 del libro II [§ 115] con formula eloquente per le questioni incidentali d'incompetenza e di ricusazione. Un tale divieto è derogato con la norma che impone o consente al collegio di individuare un terzo, che predisporrà la delibera.

b) quanto agli organi unipersonali (detti familiarmente monocratici), obbligo di provvedere - s'intende con atto proprio, come sancisce il tit.6 libro II degli Statuti [§ 108] -. Quest'obbligo corrisponde allo stesso divieto (a), che è sancito per gli organi collegiali, e si converte in esso.

2.2. La previsione statutaria del *consilium* legittima l'estraneo a predisporre il provvedimento, ed insieme sgrava l'organo del dovere di provvedere nel merito. Qui è necessario delineare alcuni profili dell'istituto, strettamente congruenti alla disciplina positiva. Che attengono ovviamente agli effetti dell'atto mediante il quale l'organo individua il consulente. Quest'atto presenta invero connotati consuntivi ed effetti preclusivi. L'enunciato dell'art. 6 L. 13/1923 non significa già che l'organo trattenga presso di sé il potere di definire la "questione o pratica"; significa piuttosto che l'organo non è tenuto a provvedere da sé, ma può provvedere facendosi predisporre il deliberato da un soggetto estraneo. La norma estende a tutte le materie determinate nella L. 13/1923 ("ogni questione o pratica", vale a dire in presenza od in assenza di lite) le previsioni statutarie ("speciali disposizioni") del *consilium*. Non fa ostacolo alcuno la qualifica di "speciali disposizioni", quando venga considerata come si deve la natura stessa della L. 13/1923, che di quelle "speciali disposizioni" è una *reformatio*.

assemblea), tit. *De iis qui de Consilio exire debent* § 16 (l'interesse privato di singolo impedit a costui *bona consilia*).

<sup>7</sup> basti considerare i testi illustrati da M. ASCHERI, *Diritto medievale e moderno* cit., p.197s.

Le discipline integrate dalla L. 13/1923 prevedevano il *consilium sapientis* (1) come richiesto da una parte o dalle parti in ogni stato o grado del giudizio (§ 476ss.; con il limite minimo di valore fissato nel § 483), o dallo stesso giudicante (§ 485). Così lo Stat. Lib. 2, tit. 74, con riferimento ai Capitani; l'art. 2 n.2 L. 13/1923 ha fatto competente per la nomina del consultore il Consiglio dei Dodici. Al quale pure già spettava (2) la determinazione delle terze istanze per lo Stat. Lib. 4, tit. 7 (§§ 699-709), cui si conforma l'art. 2 n.1 L. 13/1923. Al Consiglio Grande e Generale spettava (3), per l'art. 201s. c.p.p., la revisione del giudicato penale, prevista dall'art. 120 n.6 c.p. previgente; attribuzione trasferita al Consiglio dei Dodici dall'art. 3 n.6 L. 13/1923.

2.3. Tutti *consilia* vincolanti: (1) i Capitani debbono "*secundum consilium indicare*" (§ 476), avendo facoltà le parti di domandare "*causam [...] committi seu decidi consilio sapientis*" (§ 481), sicchè debbano i Capitani "*causam committere uni sapienti, de quo partes concordauerint*" (§ 479); (2) il Consiglio dei Dodici "*debet [...] sententiam [...] reuocandam committere*" al *sapiens* indicato dalle parti (§ 701), o mancando l'accordo delle parti (§ 703) o nell'inerzia di queste parti direttamente nominato dal Consiglio (§ 707); (3) Il Consiglio Grande e Generale per la revisione del giudicato penale nominava "un giureconsulto per la pronuncia del giudizio" (art. 201 c.p.p.); il provvedimento spetta al Consiglio dei Dodici per l'art. 3 n. 6 L. 13/1923. Fuori del campo d'osservazione resta, com'è ovvio, l'assistenza tecnica prevista nel citato § 24.

Non è sicura l'opinione che ritiene "andata in disuso" "la [...] procedura" considerata qui nell'ipotesi (1): una tale opinione può ben valere come rilevamento dei dati, non come riconoscimento d'un valore normativo di singoli fatti: se a tanto la si volesse spingere, si cadrebbe in *petitio principii*<sup>8</sup>.

2.4. Per le ipotesi (2) e (3) è testuale che il tenore dell'atto col quale viene definita la causa sia quello offerto dal consulente; per l'ipotesi (1) risulta da principi saldissimi nel diritto comune. Tale ipotesi resta invero soggetta ovviamente al principio, che è per

l'appunto diritto comune, enunciato in D. 44,7,53 pr. e D. 50,17,43,1: norme che definiscono insieme l'autonomia dei privati litiganti ed il potere direttivo del magistrato. Nessun dubbio è plausibile su ciò, quando si consideri che gli statuti *recipiunt interpretationem passivam a iure communi*. Nessun dubbio perciò che il provvedimento con il quale il giudicante *causam committit sapienti* - per iniziativa d'una parte o per accordo fra le parti, oppure d'ufficio - consuma esercitandoli il potere dispositivo dei privati e rispettivamente il potere definitivo del giudice: *electa una via non datur recursus ad aliam*. Ciò si dice constatando che la designazione del consulente, avvenga per iniziativa di parte o d'ufficio, spoglia del merito il magistrato giudicante.

La delibera che individua il consulente è di mero rito. Essa demanda il merito al terzo - il quale intrudendosi vizierebbe l'atto, se non fosse legittimato con quel provvedimento di nomina -; e spoglia della causa il collegio. Ha visto bene che "la procedura ..." delineata nella L. 13/1923 "riduce l'intervento del Consiglio dei XII alla scelta e designazione del nuovo giudice [di revisione], il quale diviene l'unico arbitro del ricorso, come già disponeva la rubrica VII del libro IV degli Statuti" Renzo Bonelli<sup>9</sup>. Il quale pure mette in luce come nel definire l'eccezione d'incompetenza il Consiglio "proceda [...] tramite parere di esperto designato allo scopo"<sup>10</sup>; non altrimenti che per quella di suspicione, "la quale viene risolta [...] ancora una volta tramite il responso di idoneo consulente"<sup>11</sup>.

La delibera che riceve il *consilium* è pure di mero rito. Al contrario, la delibera che respingesse il parere richiesto sarebbe di merito - nel senso che non potrebbe conseguire se non ad un riesame del merito, indipendentemente dall'essere implicito questo riesame od esplicito -.

Più che analoghe, identiche sono le considerazioni che valgono per la delibera del Consiglio dei Dodici, quale giudice amministrativo di terza istanza: art. 21 L. 28 giugno 1989 n.68. Questa norma ripete le linee con le quali la L. 13/1923, art. 2 n.1 aveva specificato la disciplina statutaria della terza istanza (Lib. IV,

<sup>9</sup> R. BONELLI, *Gli organi*, cit., p.73.

<sup>10</sup> R. BONELLI, *Gli organi*, cit., p.74.

<sup>11</sup> R. BONELLI, *Gli organi*, cit., p.75.

<sup>8</sup> R. BONELLI, *Gli organi*, cit., p. 73, con menzione del Balsimelli.

tit. 7, § 698ss.). E considerazioni identiche valevano per la delibera sul ricorso contro una decisione della Commissione di controllo di legittimità, qual'era prevista dall'art. 14 L. 27 luglio 1979 n.55.

2.5. Al qual proposito è necessaria una disamina puntuale del procedimento statutario, appunto specificato con la legge 13/1923 ed ora ovviamente replicato con la L. 68/1989, come lo era con la L. 55/1979. L'analisi deve prendere per oggetto l'immaginata delibera con la quale dall'organo committente venga richiesto ad un terzo estraneo un nuovo parere. Conviene guardare la nomina del secondo consulente come revoca implicita della nomina del primo. Delle due l'una: o l'atto originario di nomina, previsto dallo Statuto (§ 701), poi dalla L. 13/1923, art. 6 in linea generale per la definizione di terza istanza, e dalla L. 68/1978, art. 21, per la definizione di terza istanza in materia amministrativa, risulta allo stesso collegio non conveniente allo scopo per ineptitudine del nominato, oppure per il contenuto del parere prestato da costui. La prima ipotesi, come ognuno vede, implica una censura del precedente deliberato consiliare; e del resto genera allarme, perchè induce a temere che anche la nomina successiva possa rivelarsi allo stesso Consiglio inopportuna, aprendo un *decursus in infinitum*<sup>12</sup>. E per altro non è spiegabile senza il passaggio alla seconda, cioè senza la considerazione del contenuto del parere già prestato. Ovvio che se la prima nomina è stata rituale, la nomina sopravvenuta deve motivarsi con ragioni diverse dall'ineptitudine del consulente (che è pure un profilo di legittimità o rito). Sarà motivata perciò con la dichiarazione dei criteri di decisione, che l'organo collegiale nominante intende siano posti a base del parere, differenti da quelli che emergono dal parere già ricevuto. Ma si badi che non fa differenza, se essa rechi enunciati di massima, o se neppure questi contenga, giacchè tacitamente ed eloquentemente col disattendere il parere ricevuto essa implica principi opposti ai criteri di decisione cui rispondeva questo: *res ipsa loquitur*. Con ciò risulta che la seconda nomina, come delibera di merito anche se di massima -

<sup>12</sup> per usare ironicamente le alte parole della cancelleria giustiniana, const. *Omnen* 11, const. *Tanta* 23 (poi C. 1,17,2, 23). Cfr. il programma *Per la scuola sammarinese di diritto comune vigente*, in questa *Miscellanea* 1, 1991, p.23.

esplicita o tacita che sia -, contraddice la regola che assegna al consulente la trattazione del merito, spogliandone il collegio.

Acquista così evidenza la ragione, da cui discende inevitabile il singolare disposto conclusivo del tit. 7 Libro II: se nel termine stabilito il *consultor* non abbia consegnato *suum consilium* al messo, potrà rinnovarsi l'intera procedura: "*committens possit [acta] alteri committere, servatis omnibus, quae circa primam commissionem servata fuerunt*" (§ 709). Prescrizione che nessun artificio esegetico riuscirebbe a contrastare: il collegio ha facoltà di rinnovare il procedimento per la nomina del *consultor* soltanto quando la prima *commissio* risulti inutile per inerzia di costui. Tale il preciso disposto dello statuto, che *interpretationem non recipit aliquo modo* (Lib. I, tit. 92 *De interpretatione statutorum nel reformationum* § 92). E ciò vale per identica ragione anche nella singolare ipotesi prevista dal tit.74 Libro II, § 479: dove la parte soccombente è abilitata a percorrere tutti i gradi ordinari del giudizio di merito.

2.6. Non illumina su questi problemi il primo suggerimento di Guido Astuti, che per i pareri al Consiglio dei Dodici inspiegabilmente proponeva l'obbligatorietà, ma senza vincolatività - con il palliativo della "motivazione del dissenso"<sup>13</sup> -: un suggerimento che esaltava la connotazione politica dell'organo, mentre mirava a configurare questo come un collegio di giustizia amministrativa; e d'altro canto non contrastava una prassi tanto poco "uniforme", quanto poco plausibile<sup>14</sup>, e perciò tale da viziare gli atti conseguenti e da legittimare l'interessato alla *querela nullitatis*. Non illumina, perchè anzi coacerva le funzioni della terza istanza e della giustizia amministrativa<sup>15</sup>, e confonde indiscretamente figure che appartengono a "diversi ordinamenti positivi", intrudendo nella Repubblica formule già elaborate nell'esperienza normativa e pratica italiana (ciò contro cui lo stesso Astuti metteva in guardia i sammarinesi: G.d.A. 30 luglio 1963, c. 163/1961 [*Giur. it.* 1964,

<sup>13</sup> G. ASTUTI, *Relazione*, cit., p.100.

<sup>14</sup> su questa, R. BONELLI, *Gli organi*, cit., p.81.

<sup>15</sup> G. ASTUTI, *Relazione*, cit., pp.96, 98.

I, 2, col. 192, e *Giur. samm.* 1965, p.52]; G.d.A. 10 agosto 1967, c. 175/1961 [*Giur. samm.* 1964-1969, p.188])<sup>16</sup>; sovrappone profili che tuttavia restano inconfondibili nella stessa esperienza italiana. La quale peraltro non direi assistita da una dottrina illuminante, malgrado il più teso sforzo di costruzione ed il più ardito avvio di revisione<sup>17</sup>. Basti riflettere che la categoria della vincolatività appartiene all'ordine dei procedimenti complessi amministrativi - propriamente cadendo nell'ambito dell'amministrazione attiva -, non a quelli giurisdizionali, e non in specie a quelli di giustizia amministrativa. Eppure Guido Astuti suggeriva di "confermare e perfezionare la pratica del ricorso al parere di un giureconsulto" per il Consiglio quale organo di giustizia amministrativa<sup>18</sup>, al plausibile fine di "integrare l'esperienza politico-amministrativa del Consiglio" stesso "con la competenza giuridica necessaria per l'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali"; ed avvertiva che nulla era da innovare quanto alla terza istanza<sup>19</sup>. Sicchè il *consilium* prestato ai Dodici, come parere tecnico, sarebbe coerentemente vincolante. Tutte ragioni che impongono di non seguire il primo suggerimento, incongruo alla tradizione ed alla costituzione sammarinese ed inconferente allo scopo; mentre sospingono a ritenere plausibili il giudizio portato dallo stesso Guido Astuti sul procedimento di terza istanza e l'esortazione conseguente. A dissipare qualche dubbio esegetico ostinato, quanto infondato, basti poi osservare che la formula dell'art. 21 c.4 L. 68/1989 è indiscretamente esemplata sopra una costruzione dottrinale<sup>20</sup>, intesa a caratterizzare gli effetti della delibera, non già la sua struttura; ed incautamente equivocata.

<sup>16</sup> quanto attuale sia ancora oggi quell'ammonimento ho dovuto constatare nel saggio su *Autonomia ed eteronomia nel diritto delle imprese*, prefazione al volume *La legislazione societaria sammarinese*, Rimini 1990, p.13 e n.1.

<sup>17</sup> dati e letteratura essenziali si vedano raccolti da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* I, Napoli 1989, pp.639-641; e linee d'una critica vigorosa in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1970, pp.469s., 472, 847-853.

<sup>18</sup> *Relazione*, cit., p.100.

<sup>19</sup> *Relazione*, cit., p.129s.

<sup>20</sup> T.C. GIANNINI, *Sommario*, cit., p.177.

Quanto al controllo preventivo di legittimità, come non era pensabile un secondo parere di "sapiente", per la designazione preventiva imposta dall'art. 14 c. 2 L. 27 luglio 1979 n.55, così la decisione dei Dodici in quella materia non poteva non conformarsi al parere ricevuto.

2.7. Ed invero le due recenti specificazioni dell'istituto - recate dall'art. 14 L. 55/1979 questa, e dall'art. 21 L. 68/1989 quella - con la "designazione preventiva" e con la "nomina preventiva" del consulente ad opera rispettivamente del Consiglio dei Dodici e del Consiglio Grande e Generale, marcano ancora più netti i lineamenti dell'istituto già scolpiti nei §§ 479, 701 e 703 dello Statuto. Se il tenore stesso dell'art. 14 L. 55/1979 non consentiva letture diverse, ogni diversa interpretazione dell'art. 21 c. 4 L. 68/1989 è inibita dall'art. 16 c. 2 L. 8 luglio 1974 n. 59 in linea generale - e per diretto riferimento dall'art. 15 c. 3 della stessa legge costituzionale -. Detto in breve, se giudice è il soggetto cui compete disporre sul merito della controversia; se il sapiente viene connotato da quel carattere d'estraneità all'ordinamento sammarinese, che presenta nell'ininterrotta tradizione della Repubblica e che lo conforma al dettato costituzionale (art. 15 c. 3 L. 59/1974), la determinazione del merito non può spettare ad un organo composto esclusivamente di cittadini sammarinesi, qual è il Consiglio dei Dodici. Per tale ragione perentoria il tenore dell'art. 21 c. 4 L. 68/1989 non può intendersi nel senso che i Dodici possano con il proprio voto palese far altro che suffragare il "parere dell'esperto nominato preventivamente dal Consiglio Grande e Generale", cioè "adottare il voto del consulente", come scriveva Torquato Carlo Giannini<sup>21</sup>: la ridondanza del testo non scalfisce l'inequivocità del precetto. La qual ridondanza denuncia la scaturigine della formula (già individuata) ed innocentemente ripete la struttura d'ogni atto dei Dodici, quale deliberazione collettiva, inevitabilmente regolata dal principio maggioritario. Una lettura diversa del disposto non soltanto porrebbe la L. 68/1989 in contrasto con la costituzione sammarinese, ma assumerebbe un'evidente antinomia nella stessa

<sup>21</sup> *Sommario*, cit., p.177; ricordato con adesione da G. ASTUTI, *Relazione*, cit. p.130.

legge - chiarendo peraltro l'inerenza della "nomina preventiva" dell'esperto - ; e più ancora getterebbe una luce poco rassicurante sopra l'inauspicabile conflitto fra il Consiglio Grande e Generale, autore di quella "nomina preventiva", ed il Consiglio dei Dodici - che pure non può non esprimere in sé il Consiglio Grande e Generale -. Resta perentorio l'argomento già accennato per il parere previsto dall'art. 14 c. 2 L. 55/1979: la "nomina preventiva" del consulente ad opera del Consiglio Grande e Generale, consumando il potere di designazione, esclude l'esercizio di questo potere in ogni caso di specie, rendendo illegittima ogni designazione difforme da quella compiuta all'inizio della legislatura (art. 21 c. 4 L. 68/1989). Ovvio che spetti all'interessato la *querela nullitatis* contro la delibera dei Dodici conseguente ad una simile designazione irrituale. La quale peraltro sarebbe compiuta da questo medesimo Consiglio in forza dell'art. 6 L. 13/1923, di una norma che è strumentale rispetto ad "ogni questione o pratica" spettante a questo collegio, derogata - come tutti vedono - per l'espressa "abrogazione" sancita nell'art. 36 c. 3 L. 68/1989 (qui non interessa la tecnica impiegata dal legislatore, nè si deve toccare qui il tema che resta centrale ancora oggi nell'esperienza giuridica sammarinese, individuato ormai senza equivoco nella regola che disciplina la successione delle norme<sup>22</sup>).

Da ultimo si consideri il valore costituzionale perseguito dal legislatore ordinario con la "designazione preventiva" o "nomina preventiva" del consulente (artt. 14 L. 55/1979 e 21 L. 68/1989). Che è l'indipendenza della funzione giudiziaria (artt. 3 c. 4, 15 c. 2 L. 59/1974), schietta "garanzia di obiettività ed uniformità" come scriveva Guido Astuti<sup>23</sup>, mezzo al fine dell'uguaglianza fra cittadini, pure sancita nella costituzione (art. 4 c. 1 L. 59/1974).

3. In tutto diverso il trattamento del "parere in merito alle questioni di legittimità [costituzionale]", previsto e disciplinato nella L. 19 gennaio 1989 n. 4. L'esperto è nominato previamente e "per la durata della legislatura" dal Consiglio grande e Generale (art. 4); e predispone un parere necessario alla "discussione e decisione" consiliare sulla questione di legittimità (art. 6 c. 1s.). Iscritta questa

<sup>22</sup> una prima trattazione può vedersi in *Autonomia ed eteronomia*, cit., pp.23-25; e nel programma *Per la scuola sammarinese*, cit., p.22.

<sup>23</sup> *Relazione*, cit., p.100.

all'ordine del giorno (art. 6 c. 1), la "pratica" viene istruita con un procedimento complesso: il parere viene "presentato" all'assemblea (art. 6 c. 2), quindi "è preso in esame dalla Commissione [...] Affari Interni e Giustizia" (art. 6 c. 3). La trattazione "della pratica" (art. 6 c. 3: "discussione e decisione") spetta all'assemblea, che delibera con il suo voto "circa l'accettazione del parere" (art. 6 c. 4). Ovvio, che la maggioranza richiesta sia quella assoluta, prevista dall'art. 27 c. 2 L. 11 marzo 1981 n. 21 (il *quorum* restando quello fissato nell'art. 9 della stessa legge); non la maggioranza qualificata, come è pure ovvio, richiesta dall'art. 16 c. 1 L. 8 luglio 1974 n. 59. Con quel voto il Consiglio Grande e Generale può rigettare il parere presentato (art. 6 c. 4).

Meritano considerazione attenta le ipotesi che possono verificarsi, tutte dominate dal voto consiliare. Se l'assemblea accoglie il parere di costituzionalità, oppure rifiuta il parere d'incostituzionalità, resta ovviamente salva la norma impugnata. Se l'assemblea accoglie il parere d'incostituzionalità, si produce l'effetto sancito nell'art. 8 c. 1; e se rifiuta il parere di costituzionalità, l'effetto è identico. Qui risulta l'inerenza del parere all'istruzione della "pratica", configurata come un procedimento. Il vaglio delle ragioni addotte dai soggetti cui spetta dare impulso al giudizio di legittimità costituzionale (art. 2 L. 4/1989) è compiuto dal consulente nel parere da lui redatto; ma è pure compiuto dal Consiglio Grande e Generale in assemblea e su relazione (ovvia) della Commissione Affari Interni e Giustizia (art. 6 c. 2s.). Perciò da un canto il contrario avviso dell'assemblea rispetto alla determinazione del consulente (art. 6 c. 4) risulterà pienamente motivato negli atti consiliari; e d'altro canto e insieme il parere del consulente risulterà scolpito nel procedimento di sindacato come un atto per sua natura non definitivo.

La singolarità della materia impedisce l'estensione della disciplina; mentre la costituzionalità di questa è fuori dubbio, per l'art. 3 c. 2 L. 8 luglio 1974 n. 59. Nessuna meraviglia deriva da ciò: la figura dell'esperto delineata con la L. 4/1989 presenta connotati così fortemente incisi e così coerenti al contesto costituzionale, da avere in comune con la figura tradizionale del *sapiens* - delineata negli Statuti e replicata fedelmente nelle riforme successive, anche recenti o recentissime - il nome, e null'altro. Sarebbe perciò non tanto difficile, quanto impossibile ricalcare sulla disciplina del sindacato sammarinese di costituzionalità un *consilium*

*sapientis* in materia diversa - e da rendere ad un organo diverso dal Consiglio Grande e Generale -.

4. La risalente figura del *consilium sapientis* inerisce ad un processo, che a sua volta si radica in un ordinamento giudiziario non burocratico (per usare parole apparentemente semplificanti), caratterizzato dalle maniere in cui vengono preposti gli individui agli uffici giudicanti, e non soltanto dall'organizzazione di questi. E sembra inerire elettivamente ad un sistema, che si caratterizza a sua volta per la pluralità delle competenze normative e del loro portato, detto in breve al sistema diritto comune (e valga pure questo chiarimento come una tautologia). Constatato perciò senza possibilità di dubbio che non v'è passaggio tra i *pareri* d'un regime a diritto amministrativo ed il *consilium sapientis*, caratteristico istituto del diritto comune, resta tuttavia interessante vedere come questa figura risalente possa cautamente innestarsi in una materia sottoposta a regime codificato, o parzialmente codificato, retroagendo su regole antichissime: si pensi al detto *iura nouit curia*, al pregnante brocardo *iudex ex sua conscientia iudicat*. E del resto in quell'incessante processo di costituzionalizzazione, che ebbe inizio dall'Arengo del marzo 1906 e trovò nella Dichiarazione del 1974 (L. 8 luglio 1974 n. 59) il suo episodio più alto - non conclusione, ma progetto di svolgimenti ulteriori -, meritano un'attenta riconsiderazione istituti risalenti, sintomatici d'un ordinamento precostituzionale.

Nuovo ed insieme congruo alla tradizione sembra il *responso al giudice su questioni giuridiche*, delineato con tratti prudenti, come "eccezionale" antidoto alle aporie del sistema, nel codice di procedura penale offerto all'esame del Consiglio Grande e Generale (artt. 134, 135 c. 4 e 143 [cui rinvia l'art. 134 c. 3]). Congruo alla tradizione, come ognuno vede, se incontreranno il dovuto rispetto quei caratteri di specialità che lo connotano. La previsione non tanto attutisce il principio risalente *iura nouit curia*, quanto lo riduce - e sia detto con ironia - entro i più realistici confini d'una presunzione. Il libero convincimento del giudice è testualmente radicato oggi, e sarà domani radicato (art. 143 c. 2) nel principio costituzionale che fa indipendenti i giudici (art. 3 c. 4 L. 8 luglio 1974 n. 59); e si manifesta intensivamente nell'effetto non vincolante della perizia (in senso proprio) e del responso (art. 143); estensivamente nell'ovvio limite oggettivo e soggettivo del giudicato (art. 2). Tutti vedono perciò che una tale figura di *responso*, per i suoi tratti marcatissimi,

ripugna ad ogni generalizzazione, che la condurrebbe a retroagire sull'istituto risalente del *consilium*. E del resto ogni tentativo di generalizzarla sarebbe impedito dalla precisa determinazione dell'oggetto su cui il giudicante può chiedere il responso (art. 134 n. 1), con la testuale esclusione per questo di ogni effetto definitivo.

Tratti diversi del disegno richiamano l'attenzione, ma non interessano qui direttamente. In primo luogo i requisiti soggettivi concorrenti dell'estraneità all'ordinamento sammarinese e dell'indipendenza da qualsiasi vincolo di "stabile servizio nella Repubblica" [art. 135 c. 4]: escludendo così il responso *de iure* reso da (altri) commissari, o da altri giudicanti, il disposto potrà dare stimolo ad una più estesa riflessione sull'ordinamento sammarinese.

Convorrà poi meditare con attenzione i due *pareri*, differentissimi tra loro, previsti ragionevolmente per quel giudizio di revisione, che ancora spetterà al Consiglio dei Dodici (cfr. art. 1 c. 3), come già spettava allo stesso Consiglio per l'art. 3 c. 6 L. 13/1923. Eventuale e non vincolante, il parere del giudice *a quo* (art. 286 c. 4) è il contributo al procedimento, reso di propria iniziativa da un organo diverso da quello cui compete l'atto conclusivo, ma figurante tra i presupposti del procedimento stesso: quando sia reso, il Consiglio deve soltanto "tenerne conto" (art. 290). Ignoto, come pare, all'esperienza sammarinese, un tal *parere* sembra ricalcare l'esperienza di ordinamenti affatto diversi. Necessario è viceversa il *parere* d'un terzo, estraneo così al procedimento di revisione come al procedimento da rivedere, e suscitato dallo stesso Consiglio (in ciò ricorda il *consilium sapientis*); ma neppur esso vincolante (ancora per l'art. 290). Simmetria di ardua comprensione, se paragonata ai risalenti istituti sammarinesi.

**GIURISTI PER SAN MARINO**



PIETRO COGLIOLO  
MEMORIA CONCLUSIONALE  
PER LA CAUSA GIACOMINI 1911

I

Per tre ragioni la seguente memoria sarà breve e si limiterà a trattare il punto decisivo della causa. La prima è che nelle memorie di primo grado<sup>1</sup> e nella sentenza appellata si trovano tutti gli elementi del fatto e del diritto.<sup>2</sup> La seconda ragione è che parliamo dinanzi ad un giureconsulto celebre non solo per dottrina ma anche per rapida percezione; ed ogni lunga esplicazione sarebbe un'offesa. La terza ragione è che la stessa sentenza appellata ha liberato il campo da alcune questioni sollevate dalla Camera, quale è quella del preteso contrabbando, che non entra nella materia del contendere: il danno chiesto dal Giacomini concerne il suo esercizio industriale limitato, come era di fatto, al territorio della repubblica.

Eliminiamo da questa memoria ciò che riguarda la "misura del danno", perchè in questa parte non entrò la sentenza; perchè

\* Questa *Memoria* di Pietro Cogliolo per Remo Giacomini, sottoscritta anche dall'avvocato Telemaco Martelli, che rappresentava il privato in giudizio avanti l'On. Avv. Prof. Vittorio Scialoja [!], giudice di appello, stampata a Genova nel 1912 come il parere-memoria che la precedeva, non è conservata nel fascicolo di causa con le quattro scritture, già edite o ristampate in questa *Miscellanea* 2, pp. 101-133; puntualmente la registra M.A. Bonelli, *Bibliografia sammarinese* II, San Marino 1988, num. 4463, p. 173. Un esemplare del prezioso fascicoletto mi ha donato di recente il Dottor Francesco Viroli. Nel dire la mia gratitudine a questo allievo di Giacomo Ramoino, ritengo giusto integrare il dossier Giacomini, comunicando la breve *Memoria* ai frequentatori della Scuola sammarinese di diritto comune vigente - con pochissime note redazionali -.

S.C.

<sup>1</sup> Ora in questa *Miscellanea* 2, pp. 110-133.

<sup>2</sup> T. Comm. 15 aprile 1912, *Giur. samm.* 1911-1920, pp. 44-46.

rimangono perciò inalterate le considerazioni che facemmo a pag. 21 e seg. della nostra memoria di primo grado<sup>3</sup>; e finalmente perchè gli atti di causa danno gli elementi del danno più che qualunque discussione. E ove il giudice di appello credesse rinviare in prosieguo di causa la liquidazione del danno, noi non potremmo lamentarcene.

## II

E veniamo allora alla sostanza concettuale della causa, la quale si compendia in una sola ricerca, se cioè la proibizione fatta dalla Camera al Giacomini in base al decreto 24 febbraio 1909<sup>4</sup> di esercitare la sua fabbrica di distilleria di alcool abbia leso un diritto patrimoniale, che meriti una reintegrazione per mezzo di una indennità.

Un errore decisivo ha premesso la sentenza, dal quale è derivato vizio a tutto il suo ragionamento, che cioè l'esercizio industriale del Giacomini debba giuridicamente iniziarsi col 16 marzo 1901, quando il Giacomini, uniformandosi ad un decreto del 1871, chiese ed ottenne l'autorizzazione per la sua distilleria. E' invece riconosciuto che la distilleria fu aperta nel 1882, *quando vigeva la convenzione 22 marzo 1862 che all'art. 23 permetteva la produzione e l'industria di qualunque merce fuorchè quella dei generi di privativa dei due governi*; e nè per l'Italia nè per San Marino fu mai privata la distillazione dell'alcool.

E' vero che per l'art. 2 del decreto 23 maggio 1871 coloro che volevano fabbricare bevande alcooliche dovevano avere la *autorizzazione* dal Consiglio Principe, ma è pur vero che nei venti anni nei quali il Giacomini esercitò l'industria senza una formale autorizzazione il Consiglio Principe lasciando che l'industria operasse, dimostrò *ipsis rebus* il proprio consenso, e potremmo

<sup>3</sup> Ora *Miscellanea* 2, p. 130 s.

<sup>4</sup> *Supplemento alla Raccolta delle leggi e decreti della Repubblica di San Marino*, Città di Castello 1915, p. 121 (con data del 20 febbraio 1909).

ripetere qui quello che la Cassazione di Roma nella causa dei farmacisti Santi e Arnaldi, maggio [!] 1911, disse, che cioè il silenzio cosciente da parte dell'autorità superiore equivale ad una autorizzazione amministrativa.<sup>5</sup>

Dunque è dal 1882 che va considerata la industria del Giacomini, la quale dobbiamo dire che fu per circa venti anni autorizzata tacitamente, e dal 1901 autorizzata formalmente.

In primo grado le parti hanno lungamente disputato sopra la differenza tra *autorizzazione* e *concessione*, e chi bene osservi la loro disputa trova che erano e sono d'accordo su di ciò tanto in linea di diritto quanto in linea di fatto: ammettono cioè esse parti che l'autorizzazione non è una facoltà di esercizio data dallo Stato, ma è un permesso che dà lo Stato a che si eserciti una facoltà, che già l'individuo ha per se stesso. E le parti sono pur concordi nel ritenere che nel fatto non si trattasse di una concessione ma di una autorizzazione.

Ed allora è proprio qui che si innesta quel concetto per il quale noi chiediamo una indennità: se la facoltà industriale appartiene ai diritti dell'individuo socialmente considerato, e se l'autorizzazione non è altro che un atto sovrano per regolare la esplicazione di quella facoltà, è evidente che quando la facoltà è dallo Stato soppressa, la sua reintegrazione per una specie di *conversio negotii* non può avvenire che mediante una indennità.

E' la indennità che concilia il diritto dello Stato con il diritto dell'individuo; è la indennità quella che storicamente rese tollerabile la soppressione di industrie per un atto di impero. E' noto quello che avvenne in Francia quando sorse il monopolio dei fiammiferi; è noto quello che le leggi italiane sancirono nei casi di municipalizzazione di pubblici servizi; è noto che per il monopolio delle assicurazioni ci volle una apposita disposizione di legge per togliere la indennità. Se la Repubblica avesse negato al Giacomini il permesso per ragioni particolari, poteva sfuggire al controllo giudiziario, come sfuggirebbe il questore che negasse il porto di armi; ma nel caso nostro la Repubblica non negò l'autorizzazione ad una data persona e per un dato motivo, ma sopprime in tutto e per tutti la facoltà della industria degli alcoli, e quindi violò in tutti i cittadini un *diritto in potenza*, e violò nel Giacomini un *diritto in atto*.

<sup>5</sup> Cass. Roma (sez. un.), 1 aprile 1911, in *La legge* 1911, c. 736.

Nel gran campo delle *libertà individuali* ossia, per dirla con la parola della scienza (Conf. Jellinek, *Staatslehre*, pagina 378 e segg. e *System der subjektiven oeffentlichen Rechten*, pag. 129 e segg.) in tutti i rapporti che rientrano nello *status libertatis*, l'individuo è dotato di un complesso di facoltà che può esercitare a suo piacimento, traducendole in atto mediante una determinazione della sua volontà, cioè esercitandole.

E' il diritto obbiettivo, che a tutela degli interessi generali dello stato o dei singoli, crea e riconosce nei singoli queste libertà, come altrettante possibilità giuridiche o facoltà.

Il singolo può esercitare o non queste facoltà: se le esercita, dichiara coll'atto volitivo del loro esercizio di far *proprio* quello interesse generale per cui la legge accordò a tutti quelle facoltà; e mercè tale dichiarazione di volontà sorge un interesse individuale, tutelato dalla legge, cioè un diritto subiettivo.

Il momento giuridico dunque per il quale in virtù di un atto volitivo individuale si traduce in fatto e si esercita una possibilità giuridica o facoltà, converte la facoltà in diritto quesito individuale.

Ciò, del resto, è principio istituzionale della scienza giuridica: "alla sussistenza di una data facoltà non è necessario che il diritto obbiettivo ne abbia fatta concessione: esso presuppone la libertà di compiere atti positivi e negativi e soltanto interviene a regolarla e a stabilirle dei confini; onde è conforme al diritto tutto ciò che non è in contraddizione con esso, ed è permesso tutto ciò che non è implicitamente od esplicitamente vietato" (Bensa, *Ist. Dir. Civ.*, 1897, Torino, pag. 9): "in tema di libertà individuali il diritto che dalle leggi può derivare si individualizza mediante l'esercizio della libertà civile" (Fiore, *Dir. Civ. It.*, I, pag. 110).

Il Giacomini, che al pari di ogni altro singolo aveva la facoltà di esercitare l'industria della distillazione di spiriti, ha tradotto da anni in atto questa sua facoltà coll'esercitarla, col procurarsi i mezzi di esercizio e col fare di questa industria lo *scopo* della sua vita industriale, finanziaria, giuridica. Egli perciò aveva il *diritto quesito* di esercitarla.

Ci permettiamo di riprodurre le parole che il consigliere Faggella scrisse nella sentenza della Corte Suprema 15 marzo 1911 nella causa di Carnevale, esattore di Reggio Calabria, contro lo Stato. L'esattore chiedeva una indennità per il danno subito dalle leggi di esonero delle tasse per il terremoto, e la Corte Suprema concedendo il diritto ad una indennità, così diceva:

"L'atto dello Stato non solo è legittimo, ma necessario ed encomiabile. Nè si potrebbe ricorrere al concetto della illegittimità, perchè l'atto è stato approvato e sanzionato dalla legge. Il danno causato al privato è una conseguenza immediata, diretta e necessaria di quell'atto, nella sostanza e nella forma legittimo. Onde sorge la questione: se sia risarcibile questo danno, o se lo Stato, nell'interesse generale o di una collettività di cittadini, possa sopprimere diritti patrimoniali privati, vale a dire beni acquisiti al patrimonio di un privato cittadino, senza indennizzarli. Se il legislatore avesse ciò sanzionato, niun'azione spetterebbe al privato cittadino danneggiato. Ma il legislatore non ha esclusa la possibilità di un indennizzo, se e in quanto lo ammetta il sistema della legislazione vigente. Ora, secondo i principi fondamentali della legislazione in questa materia, in perfetta armonia con quello dichiarato dallo Statuto all'art. 29, lo Stato può legittimamente, nell'interesse pubblico, distruggere o menomare un diritto patrimoniale privato, imporre ai diritti individuali un particolare sacrificio, ma deve compensarli con equità o, come suole dirsi, convertirli in una indennità adeguata. E la ragione vera di questo indennizzo, che la moderna dottrina del diritto pubblico considera anche come condizione di legittimità, deve riporsi in un supremo principio di eguaglianza nella ripartizione degli oneri e dei sacrifici fra i privati cittadini, pel soddisfacimento dei pubblici bisogni e pel conseguimento dei fini pubblici e pel bene generale di una collettività, o a sollievo di un determinato numero di cittadini: la violazione di questo principio, qualunque sia la base di diritto positivo su cui poggia, a danno di un solo cittadino, costituirebbe un'ingiustizia obbiettiva ch'egli subirebbe, e che il nostro sistema legislativo ha voluto escludere. E, a dire il vero, la giurisprudenza di questo Supremo Collegio, sebbene con altri concetti giuridici, in molte altre occasioni, è stata più larga e più razionale che le manifestazioni stesse della dottrina in tema di diritto pubblico, nell'indennizzo dei diritti individuali privati, dei quali si è richiesto il sacrificio nell'interesse generale dei cittadini"<sup>6</sup>.

La Repubblica, come dicemmo, con la convenzione 22 marzo 1862 lasciava la libertà di qualunque industria fuorchè quella del tabacco. La convenzione del 1897 in sostanza ribadisce la libertà industriale, e solamente vieta il diritto di libero transito da uno Stato

<sup>6</sup> Cass. Roma, 15 marzo 1911, *Giur. it.* 1911, I, 1, c. 656 s.

all'altro, e concede un pagamento da parte dell'Italia alla Repubblica sopra i redditi delle tasse di fabbricazione, dichiarando con l'art. 6 della convenzione addizionale 14 giugno 1907, che il pagamento sarebbe cessato, ove la Repubblica permettesse l'impianto di una fabbrica nel suo territorio. E quando la Repubblica il 24 febbraio 1909 proibì la distillazione degli spiriti, ciò fece appunto per godere di quel pagamento da parte dell'Italia. Non fu dunque il diniego di una data autorizzazione per criteri insindacabili ed *attinenti al singolo caso*, ma fu addirittura la *soppressione*, sia pure per pubblico interesse, di una facoltà industriale: la ragione del pubblico interesse giustifica il provvedimento del governo, ma non toglie l'obbligo suo di dare una indennità. In altri termini: *la legittimità dell'atto statale e l'obbligo di una indennità al privato non sono due termini antitetici*.

### III

Abbiamo dimostrato questi punti, che ci sembra esauriscano la sostanza concettuale della causa, e che bastino per emanare una decisione. I punti sono:

- a) ogni cittadino sammarinese aveva la libertà industriale di fabbrica degli alcool;
- b) questa libertà e facoltà fu dal Giacomini tradotta in atto fin dal 1882;
- c) dopo il 1871 la facoltà civica dell'industria degli alcool doveva essere caso per caso autorizzata;
- d) tale autorizzazione il Giacomini ebbe tacitamente fino al 1901, ed esplicitamente dopo il 1901;
- e) il governo nel 1909 non negò l'autorizzazione per ragioni particolari al Giacomini, ma soppresse in genere tale industria;
- f) la soppressione avvenne per *utilità* dello Stato, ma ciò non toglie l'obbligo di pagare la indennità al Giacomini;
- g) la soppressione del 1909 equivale a espropriazione di un diritto dal Giacomini attuato, e quindi porta con sé l'obbligo di pagare una indennità.

L'obiezione principale fatta dagli egregi difensori della Camera<sup>7</sup> è che l'autorizzazione del 1901 fu data "a termini di legge e dell'ultima convenzione col governo d'Italia"; ora, si dice, la convenzione del 1897 doveva durare dieci anni, nel 1907 fu prorogata per altri dieci anni, ma con l'addizionale convenzione del 1907 fu proibito alla Repubblica di fabbricare spiriti nel suo territorio. Rispondiamo due cose: la prima è che non è vera tale proibizione, perchè fu sancito non che la Repubblica non potesse permettere la fabbricazione di spiriti, ma che ove l'avesse permessa non avrebbe più potuto ottenere dall'Italia quel pagamento corrispondente alla percentuale sul prodotto netto delle tasse interne di fabbricazione sugli spiriti. La seconda risposta nostra è quella che si contiene nel parere del prof. Einaudi<sup>8</sup>, che cioè l'autorizzazione era data ai termini della legge e delle convenzioni, e quindi era sottoposta alla implicita condizione di obbedire alle nuove leggi e alle nuove convenzioni, ma senza che ne venisse distrutta la facoltà industriale.

### IV

Ed ora veniamo ad occuparci brevemente della sentenza impugnata: e diciamo "brevemente", perchè tutta la sentenza si riduce ad un solo argomento, che cioè il governo che aveva la facoltà di autorizzare poteva togliere l'autorizzazione. Proposizione vera, quando si tratta di giudicare della autorizzazione data o negata per criteri insindacabili e *concernenti la individualità del caso*; ma qui ripetiamo, non si tratta di una singola autorizzazione negata, ma di una soppressione della facoltà industriale. Confessiamo che su questa distinzione non avevamo abbastanza insistito in primo grado, mentre è il nostro argomento principale in questa sede.

Lo Stato sammarinese ha per legittimi pubblici interessi vietato *ad ogni* privato la fabbricazione degli spiriti: egli trovava innanzi ad un cittadino che la facoltà industriale ha dal 1882 attuato,

<sup>7</sup> Ora *Miscellanea* 2, p. 108 s. (L. Bolaffio e D. Anzilotti).

<sup>8</sup> Ora *Miscellanea* 2, pp. 110-117.

e quindi deve dargli una indennità per la soppressione della sua attività.

E' impossibile che il giudice neghi la reintegrazione di quei danni che il Giacomini ha risentito per il fatto del Governo, cioè:

- a) danno per la inutilizzazione del materiale e delle spese che dovevano ammortizzarsi con il seguito dell'esercizio;
- b) danni per l'avviamento perduto;
- c) danni per il lucro cessante considerato in una media annuale.

# V

Concludiamo adunque con chiedere la riforma dell'appellata sentenza e chiediamo che il Giudice di Appello voglia condannare la Camera a pagare al Giacomini una congrua indennità o nella somma chiesta, o nella somma che esso giudice stabilirà *arbitrio boni viri*, o in quella somma che egli manderà a liquidare in prosieguo di causa.

Genova, 5 novembre 1912

Avv. Pietro Cogliolo, estensore  
Avv. Telemaco Martelli

## 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 Ciacchi, Segretaria dell'Istituto e la Signorina Andreina Ugolini. 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