

**ISTITUTO
GIURIDICO
SAMMARINESE**



**M
I
S
C
E
L
L
A
N
E
A**

fascicolo n. 8, I settembre 2003

Indirizzi di saluto

del Direttore Scientifico dell'Istituto giuridico sammarinese,
Prof.ssa Paola Olivelli

pag. 3

del Segretario di Stato per la Pubblica Istruzione, l'Università e gli Istituti Culturali,
Prof. Pasquale Valentini

pag. 5

del Segretario di Stato per gli Affari interni e protezione civile
Dottor Loris Francini

pag. 7

del Segretario di Stato per la Giustizia, i rapporti con le Giunte di Castello, l'informazione
Prof. Alberto Cecchetti

pag. 9

Atti del seminario

Severino CAPRIOLI *Dallo statuto al diritto comune: le ragioni del sistema (con un
elogio della polemica).*

fasc. 8, I, pag. 13

Adriana CAMPITELLI, *Appunti sull'appello e la doppia conforme nel diritto comune.*

fasc. 8, I, pag. 29

Francesco SALERNO, *La terza istanza nel processo ordinario canonico latino: diritto
vigente e ius vetus. (Note per una comparazione tra diritto canonico e diritto sammari-
nese).*

fasc. 8, I, pag. 41

fasc. 8, II, pag. 91

Victor CRESCENZI *Il problema della doppia conforme nei giudizi di terza istanza di
competenza del Consiglio dei XII.*

fasc. 8, II, pag. 119

Stefano PALMUCCI *I dati per un'indagine.*

fasc. 8, II, pag. 157

Renzo BONELLI *L'esperienza sammarinese degli ultimi cento anni.*

fasc. 8, II, pag. 167

pronunciati per il seminario del ciclo "Questioni aperte" dedicato a "La terza istanza fra rito e merito", organizzato dall'Istituto Giuridico Sammarinese il 14 e 15 febbraio 2003 nella Chiesetta e nella Sala Azzurra dell'Antico Monastero di Santa Chiara.

PAOLA OLIVELLI

Direttore scientifico dell'Istituto giuridico sammarinese

Un saluto a tutti i presenti e alle autorità intervenute. Volevo semplicemente introdurre il Convegno di oggi e di domani mattina, partendo dal ricordare brevemente quali sono i compiti dell'Istituto Giuridico Sammarinese, questa istituzione che ho da pochi mesi l'onore di dirigere e che mi ha fatto conoscere un po' di più questo Stato.

L'Istituto Giuridico, per statuto, ha proprio il compito di promuovere la cultura giuridica e la conoscenza dell'ordinamento e delle istituzioni sammarinesi; cura l'attività di ricerca scientifica e soprattutto il motivo di questa sera è che, in collaborazione con gli ordini professionali, si preoccupa della formazione, della specializzazione dei giovani giuristi che devono svolgere poi la loro attività in questo Stato. Il convegno di oggi si colloca proprio su questo versante. Infatti è realizzato in collaborazione con l'Ordine degli avvocati e notai e affronta un tema che mi sembra molto importante –lo vedo soprattutto dal punto di vista scientifico, per quello che è la mia conoscenza, quale tema sicuramente importantissimo–; mi sembra di capire che lo sia anche di fatto, che sia proprio nel momento attuale che il tema abbia dei risvolti estremamente significativi.

Ringrazio i relatori che hanno accettato il nostro invito, le autorità per il loro saluto e vorrei ringraziare in modo particolare il professor Caprioli che è quello che, Segretario scientifico dell'Istituto, con grande amore si dedica al diritto sammarinese e si è dedicato all'organizzazione anche di questo convegno. Brevemente vorrei ricordare fra le attività degli ultimi anni, che non sono dovute a me se non per l'ultima parte, le pubblicazioni che sono state fatte dall'Istituto giuridico. Ricordo la *Giurisprudenza sammarinese penale 1964-1990*, la *Miscellanea VI* con gli atti del seminario su *Problemi dei contratti*, la *Miscellanea VII* con gli atti del seminario *Per il nuovo processo penale sammarinese: tradizione ed innovazione*, la *Giurisprudenza sammarinese amministrativa dal 1990 al 1999* ed ancora, in corso di elaborazione ed approfondimento, la raccolta della giurisprudenza civile ed un aggiornamento del *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*.

PASQUALE VALENTINI
Segretario di Stato per la Pubblica Istruzione,
gli Affari Sociali, gli Istituti Culturali e l'Università

Sono lieto di porgere un saluto di benvenuto alle Autorità presenti, ai colleghi Segretari di Stato, alla Prof.ssa Olivelli, Direttore Scientifico dell'Istituto giuridico, agli illustri relatori che poi si succederanno e a tutti i graditi ospiti.

Questo saluto vuole essere la testimonianza dell'interesse e dell'apprezzamento che il Governo e la Segreteria di Stato hanno nei confronti dell'Istituto giuridico e del Dipartimento di studi storici e giuridici.

Come richiamava anche la Prof.ssa Olivelli nell'introduzione, l'iniziativa di oggi realizza due delle finalità principali dell'Istituto giuridico: la prima è quella di promuovere la cultura giuridica e la conoscenza degli ordinamenti ed istituzioni della Repubblica di San Marino. È questo un lavoro mai esaurito che noi sammarinesi per primi non dobbiamo dare per scontato, vista la peculiarità dei nostri ordinamenti e delle nostre istituzioni e considerato che per questo oggi possiamo essere un esempio anche nel contesto internazionale; la seconda è quella di curare, in collaborazione con l'Ordine degli avvocati e notai, la specializzazione e l'aggiornamento scientifico di coloro che intendono svolgere o già svolgono la professione forense o la professione di notaio.

Ecco, in questa prospettiva, credo che il tema scelto per il seminario sia quanto mai un tema caldo, in quanto ha occupato molte sedute del Consiglio dei XII proprio specificamente sulla terza istanza e sull'esame dei pareri che rispetto a questa materia diversi consulenti nel tempo hanno fornito.

Senza entrare nel merito, ritengo che i contributi e le riflessioni di queste due giornate finiranno per fornire punti di riferimento saldi per il futuro dell'Amministrazione della giustizia, in un momento in cui tutto il Governo ed il Consiglio grande e generale sono tesi a dare elementi di certezza all'esercizio del diritto, sulla base di fondamentali criteri di equità ed imparzialità.

Con questi auspici, ringraziando coloro che hanno reso possibile concretamente questa iniziativa, auguro a tutti un proficuo lavoro.

LORIS FRANCINI
Segretario di Stato per gli Affari interni

Eccellenza, colleghi Segretari di Stato, graditi ospiti, è con vivo piacere che a nome del Congresso di Stato della Repubblica di San Marino sono a porgere il saluto ed il ringraziamento, unitamente ai più vivi auspici di un proficuo lavoro, agli illustri relatori e a tutti gli invitati in sala, mi scuso di non poter prolungare la mia presenza poiché impegni di carattere istituzionale impongono di assentarmi fra breve. Volevo ugualmente portare il mio saluto a questo importante seminario.

Quella, alla cui inaugurazione ci troviamo oggi a presenziare, è senz'altro una pregevole iniziativa, essendo essa tesa a favorire, soprattutto ad opera dei giuristi e degli studiosi del diritto, l'approfondimento di una delle principali peculiarità della procedura civile ed amministrativa sammarinese: quale è, appunto la procedura di terza istanza.

Terza istanza i cui aspetti più controversi e significativi saranno, in modo sicuramente autorevole ed efficace, sviluppati dagli insigni giuristi oggi qui presenti.

E rispetto alla quale mi preme rammentare come essa alla luce del processo di riforme istituzionali, da tempo intrapreso nell'ambito dell'ordinamento sammarinese, si segnali tra le procedure destinate, alla luce di quanto disposto dal III comma della norma transitoria della legge 26 febbraio 2002, n. 36, ad essere translate dal Consiglio dei XII, originario detentore, nell'orbita delle competenze transitorie dell'istituendo Collegio Garante della costituzionalità delle norme.

Tema quello della terza istanza la cui appassionante problematicità processuale oggi si arricchisce, soprattutto per i cultori della materia ed i tecnici del diritto, di connotazioni costituzionali che non mancheranno certo di alimentare, almeno in parte, il dibattito destinato a scaturire nell'ambito dell'odierno seminario.

Nell'occasione esprimo, altresì, vivo apprezzamento per la scelta di individuare questo tema per il primo seminario tra quelli promossi dall'Istituto giuridico sammarinese in collaborazione con l'Ordine avvocati e notai, nell'ambito del ciclo denominato "Questioni aperte" che assumerà valenza di corso teorico pratico ai fini del nuovo tirocinio per gli aspiranti avvocati sammarinesi.

Doveroso per tanto rivolgere un plauso ai rappresentanti dell'Istituto giuridico e dell'ordine avvocati notai presenti in sala da estendersi, altresì, all'Università degli studi, per l'odierna lodevole iniziativa da cui noi tutti auspichiamo sia possibile pervenire al profilarsi di orientamenti o

quantomeno indirizzi utili anche al fine di consentire al Consiglio Grande e Generale nonché al Congresso di Stato di dirimere, nell'ambito del processo di riforme istituzionali in atto, le questioni tuttora pendenti in materia di terza istanza.

In tal modo la Repubblica di San Marino, oltre a potersi arricchire di un ulteriore momento di studio e di conoscenza potrà beneficiare di quei suggerimenti e di quelle considerazioni che scaturiranno dall'odierno seminario e potranno -ne sono certo- rivelarsi elementi estremamente utili nell'ambito del processo ed evoluzione e riforma istituzionale che il Consiglio Grande e Generale sarà chiamato a portare avanti.

Con questo spirito pertanto rinnovo i ringraziamenti all'Istituto Giuridico, agli avvocati e notai, all'Università degli studi ed ai relatori del corso, nella consapevolezza della validità dei contributi che sarà possibile per tutti noi trarre dall'odierna iniziativa.

ALBERTO CECCHETTI

Segretario di Stato per la Giustizia, i Rapporti con le Giunte di Castello, l'Informazione

Eccellenza, colleghi del Congresso di Stato, illustri relatori, gentili ospiti, ben volentieri porto il saluto della Segreteria di Stato per la giustizia a questo seminario di studi e mi compiaccio con l'Istituto giuridico sammarinese e con il suo Segretario scientifico, professor Severino Caprioli, per aver pensato ed organizzato questo convegno. Devo ringraziare in modo particolare i solerti promotori, gli illustri relatori e gli intervenuti tutti, perché questo convegno organizzato per le finalità e le ragioni cui l'Istituto giuridico sammarinese adempie, provvede altresì a sollevare la Segreteria di Stato di cui sono titolare di una incombenza.

Nella sua seduta del 28 ottobre 1999, infatti, il Consiglio dei XII, sospendendo l'adozione di un parere di un proprio Consulente, che in un giudizio civile di terza istanza non aveva accolto né la sentenza di primo grado né la sentenza di appello, disponeva di investire la Segreteria di Stato per la giustizia della problematica inerente la questione più generale della doppia conforme.

Come sappiamo, l'antitesi è fra chi asserisce che il giudizio di terza istanza debba contenersi ad optare per una delle sentenze dei precedenti gradi di giudizio e chi invece ritiene che il giudice di terza istanza possa invece comporre una sorta di sintesi delle due precedenti pronunce, quando non addirittura proporre propri principi, proprie valutazioni, costituisce dunque oggi uno dei nodi centrali della giustizia sammarinese. Un nodo che una giustizia che vuole dirsi moderna, che vuole dare certezza giuridica ai propri istituti e alle proprie procedure non può permettersi di tollerare.

Sono convinto che gli interventi degli illustri relatori, i quali porteranno il contributo che deriva a ciascuno di essi da proprie specifiche competenze ed esperienze, tutte di altissimo livello, unitamente al dibattito con il qualificato auditorio, possano agevolmente condurre -al termine dei lavori- ad una disamina della materia completa, approfondita, esaustiva e capace eventualmente di individuare e proporre gli opportuni correttivi sul piano legislativo.

Costituisce, d'altro canto, compito precipuo dell'Istituto giuridico sammarinese promuovere dibattiti, così come organizzare corsi, focalizzare incongruenze, disporre studi ed approfondimenti su singole tematiche che possano essere propedeutiche a proposte di riforma legislativa, mantenere accesa, in ultima analisi, la discussione dottrinale attorno a

questo nostro diritto che viene da lontano, poggiando le sue basi sul diritto comune, e vuole andare lontano verso le più avanzate istanze del vivere civile e verso l'integrazione con la legislazione e le nuove direttive europee.

Il nuovo Governo, insediatosi da meno di due mesi, si impegnerà per assicurare ampia attenzione e pieno sostegno all'Istituto giuridico sammarinese e si adopererà affinché l'Istituto possa continuare a svolgere le importanti funzioni per le quali è stato costituito, vale a dire quelle di sovrintendente e garante del buon diritto sammarinese poiché, come sappiamo, è dal proprio diritto che si misura il grado di civiltà e di giustizia di un Paese.

ATTI DEL SEMINARIO

SEVERINO CAPRIOLI
Segretario scientifico dell'Istituto giuridico sammarinese

*Promemoria sulla terza istanza**

Non sembra placato da una delibera del Consiglio dei dodici, numero 2, del 13 maggio 1999¹ un dibattito che prende avvio da un assunto meritevole di esame attento: che la procedura di terza istanza (come la si chiama ancora) sia contenuta esclusivamente nel libro IV, titolo VII dello statuto, segnata-mente nel § 698 —essendo strumentali a questo le varie norme che gli si congiungono—. Da ciò tentativi esegetici ardimentosi, e schiette dichiarazioni di principio. Ma l'assunto si dissolve dinnanzi al disposto del D. 42,1,28, che riempie l'apparente lacuna dello statuto. Qui tutti vedono che lo stesso § 698 non si intende senza il paragrafo precedente, come questo a sua volta ripete il divieto di un terzo esame del merito, che aveva trovato sanzione nel Codice (C. 7,70, un.). Così lo stesso Consiglio in una decisione di specie, 13 settembre 2000, c. 306/1996, p. 4s.; che sinteticamente osserva: "la formazione del giudicato, quando siano discordi le sentenze di merito pronunciate nei due gradi successivi, trova nello statuto una disciplina concorrente con quella di *ius commune*".

Lo stato della questione viene esposto dal Dott. Stefano PALMUCCI nel fascicolo *Il principio della "doppia conforme" nella dottrina e nella giurisprudenza del Consiglio dei dodici* (Segreteria di Stato per gli affari interni e la giustizia, Dipartimento affari interni, Ufficio Segreteria esecutiva del Congresso di Stato [s.d., ma 2001]; una ristampa accresciuta è del 2003 [fra parentesi ne aggiungerò le pagine]).

1 Conviene ripercorrere la giurisprudenza del secolo XX. Il Consiglio dei Dodici si è mantenuto costantemente sulla linea che verrà poi illustrata. Basti ricordare le decisioni edite a stampa: 31 marzo 1925 (parere E. Nadalini), c. 1/1922, *G.S.* 1925, p. 6; 31 aprile 1925 (parere E. Nadalini), c. 2/1922, inedita (cfr. *G.S.* 1925, p. 7: "conforme alla precedente"); 23 marzo 1967 (parere U. Gualazzini), c. 221/1953, *G.S.* 1964-1969, pp. 69-72. Specialmente significative le decisioni del 3 maggio 1968 (parere U. Gualazzini), c. 45/1956, *G.S.* 1964-1969, p. 109 ("Al Consiglio dei Dodici compete

* Già a disposizione dei partecipanti al seminario in un fascicolo curato dall'avvocato Massimiliano Simoncini *Questioni aperte: la terza istanza fra rito e merito* (Materiali per il Seminario 14-15 febbraio 2003, a cura dell'Istituto Giuridico Sammarinese).

¹ A carattere generale; inedita.

[...] rilevare quanto vi sia di comune fra le due sentenze, poiché in base al principio fondamentale del procedimento romano-canonico che si applica nel territorio della repubblica di San Marino, della 'doppia conforme', non può più ritenersi oggetto di esame o di giudizio quanto è già stato concordemente deciso dai magistrati nei precedenti gradi di giudizio"); del 25 febbraio 1976 (parere S. Sesta), c. 18/1970, *G.S.* 1970-1980, p. 82 ("La questione che il Consiglio dei Dodici è chiamato a risolvere è se debba ritenersi giusta la prima o la seconda sentenza, al fine di porre fine alla lite con il formarsi del giudicato sulla doppia conforme"). Ed ancora le decisioni dell'11 ottobre 1976 (parere G. Rossi), c. 174/1972, *G.S.* 1970-1980, p. 93; del 19 dicembre 1978 (parere A.C. Jemolo), c. 319/1969, *G.S.* 1970-1980, pp. 102-106; del 12 luglio 1985 (parere G. Gualandi), c. 420/1979, *G.S.* 1981-1990, pp. 232-234; del 1 giugno 1987 (parere G. Gualandi), c. 446/1981, *G.S.* 1981-1990, p. 273. Anche per concisione del dettato, è da segnalare la decisione del 30 gennaio 1990 (parere U. Santarelli), c. 257/1985, *G.S.* 1981-1990, p. 464 ("[...] valutare le sentenze di primo e di secondo grado, per poi giudicare quale delle due meriti di essere confermata in questa terza istanza"; cfr. p. 466). Si aggiungano due decisioni del Consiglio dei dodici, delibera numero 2 del 19 aprile 2000, c. 393/1988 (su mio parere); e numero 5 del 13 settembre 2000, c. 306/1996 (su mio parere).

Per il secolo precedente T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese* (1901) riveduto e accresciuto da F. Violi, San Marino 1967, p. 177 nota 1, adduceva la decisione del 24 marzo 1870, c. Filippi - Casini².

2 Ma non può sottacersi un episodio interessante nella cronistoria del Consiglio, anche perché ad esso ama rifarsi una tendenza recente. La decisione 11 settembre 1979, su parere di Arturo Carlo Jemolo, resa ancora una volta sulla tormentata vicenda Manzoni Borghesi, c. 319/1969, *G.S.* 1970-1980, p. 123 s., fu ragionata a mero diritto comune ("[...] il sistema della doppia conforme consiste in ciò: che dove il giudice di primo e quello di secondo grado siano del medesimo avviso, non vi sia luogo ad una terza istanza"), a dire di quel maestro, persistente nel *codex iuris canonici* (promulgato il 17 maggio 1917), "ancora formato secondo le tracce del diritto comune". È doveroso osservare che il can. 1902, numero 1, da lui addotto

² Da lui conosciuta "spogliando l'archivio giudiziario per gli ultimi otto lustri": T.C. GIANNINI, *Giurisprudenza sammarinese, Archivio giuridico* 1901, I, p. 143 e nota 2. Debbo all'avvocato Massimiliano Simoncini una copia del parere, reso al Consiglio dall'Avv. Adriano Mari.

(ora can. 1641, numero 1, del *codex* promulgato il 25 gennaio 1983), si limita a definire la *duplex sententia conformis* come *res iudicata*; e nulla dispone quanto alla procedura attraverso la quale pervenire al risultato. Soccorre la regola d'integrazione, sancita nel can. 20 dello stesso codice piano-benedettino per ogni ipotesi in cui *desit expressum praeceptum* ("[...] norma sumenda est [...] a legibus latis in similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum"). Dall'apparente silenzio del legislatore canonico non può trarsi alcuna illazione, come quella jemoliana: che la norma del can. 1902 "non lega affatto la Rota, quando non ci sia stata la conformità tra le due sentenze e la Rota debba decidere come giudice di terza istanza, a scegliere l'una o l'altra delle due precedenti sentenze" (p. 123). Se il parere di A.C. Jemolo è rimasto tanto a lungo un vero *hapax* nella giurisprudenza sammarinese, sottolinea però marcatamente i tratti che in questa distinguono la decisione di terza istanza (p. 124: "Per parlare di una sentenza di merito che non fosse conforme a quanto stabilito dagli statuti della repubblica, occorrerebbe dimostrare che [...]"). Ma conviene qui notare come in siffatto parere si dispieghi piuttosto e domini quell'intuizione del giusto, che guidò costante l'opera di Arturo Carlo Jemolo, giurista e cittadino, quasi cifra del suo metodo. E si manifesti una rappresentazione del diritto comune, quale astratto complesso di norme avulso dall'ordinamento in cui trova osservanza, che appartiene ad una temperie culturale ormai conclusa³. E bisogna aggiungere: una rappresentazione, che riguardo ai problemi della terza istanza non trova conforto nei dati.

Questi sono i presupposti di massima che reggono l'ultimo parere di Arturo Carlo Jemolo: a) cosa giudicata è quella su cui due sentenze definitive abbiano deciso in conformità, b) non verificandosi la cosa giudicata, si deve definire il merito della controversia. Un paralogismo di severa nobiltà, una schietta *petitio principii* che dà per certo quanto deve essere provato: la competenza del consulente a pronunciare nel merito. Un paralogismo, chiarito il quale si intende come possa accadere che in terza istanza il consulente eserciti giurisdizione rendendo una sentenza di merito, difforme tanto dall'una quanto dall'altra delle due sentenze non conformi. E si intende pure come una decisione siffatta possa dare àdito ad un vero *de-*

³ *Mie Varianti e costante del diritto comune*, nella *Rivista di diritto civile* 1993, II, pp. 639-643; di nuovo, *Satura lanx 30 Linee sammarinesi per lo studio del diritto comune*, negli *Studi in onore di Pietro Rescigno* I, Milano 1998, pp. 211-222, con altri riferimenti.

cursus in infinitum (testualmente impedito, del resto, per altri effetti dal § 705 dello statuto); senza poi escludere che per la perfetta contrarietà alla disciplina sammarinese della terza istanza, possa spianare la via ad una plausibilissima *querela nullitatis*.

Accolgo qui a titolo di ipotesi la lettura dello statuto, lib. IV, tit. 7 (§ 705) inaugurata dal Ramoino per via di *obiter dictum*, non di pronuncia: Trib. Comm. 8 gennaio 1924, c. 171/1923, G.S. 1924, p. 30 a⁴. Strappata dal contesto, quella norma viene ridotta a fondare un assunto che trova ben altra base nell'ordinamento sammarinese: "[...] E così, per le cause civili di terza istanza, è il parere o consiglio del sapiente [...] che decide; «nec a dicto consilio (consilium sapientis) possit aliquo modo reclamari» (Statuto, lib. IV, tit. VII)". In altra occasione ho posto in luce il guasto riconoscibile, anche se non ancora avvertito, che affligge il § 705 nell'*editio princeps* e nelle stampe che dipendono da essa⁵. Se del resto l'irrefutabilità del *consilium sapientis* reso al Consiglio dei dodici trova fondamento in altre ragioni⁶, lo stesso § 705 completa la fenomenologia, escludendo espressamente dalla disciplina l'ipotesi speculare a quella enunciata nel § 698 (in tal senso non è mera ripetizione di questo).

Per quanto grande sia stata e resti l'autorità di Arturo Carlo Jemolo fra coloro che lo ebbero maestro, essa non basta ad innovare sulla disciplina sammarinese, costantemente applicata dal Consiglio⁷. La via tentata da Arturo Carlo Jemolo può allettare ancora giuristi di acuta sensibilità, ogni volta che la loro coscienza delicatissima li inclini a spezzare il nesso che stringe, nel sotto-sistema sammarinese, i due enunciati di cui consta il tit. 7 del libro IV dello statuto, appagandosi di una lettura immediata del testo statutario ("sententiam [...] in partibus non conformibus tantum revideri cum consilio sapientis") che la sottrae alla feconda interrelazione con una diversa norma di pari grado ("non liceat ulterius appellare"), e produce l'effetto di omologare in qualche modo la terza istanza civile alla revisione penale; od ogni volta che una visione scolastica del diritto comune storico – prima ancora che del diritto comune vigente a San Marino – li induca a semplificazioni svianti di quel composito sistema. La delibera del Consiglio numero 2 del

⁴ Accolta in T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, cit., p. 23. Cfr. *Breve foglio di lumi sul consilium sapientis nel sistema sammarinese*, *Miscellanea dell'I.G.S.* 3, luglio 1992, p. 111 n. 1.

⁵ Come leggere lo statuto nel volume, curato dalla Banca agricola commerciale, *Gli antichi statuti della repubblica di San Marino. Studi e traduzioni*, San Marino 2002, p. 60 n. 164.

⁶ *Breve foglio di lumi*, cit., p. 113ss.

⁷ Identica valutazione della singolarissima opinione di Jemolo è in A. ZAVOLI, *Lineamenti di diritto processuale amministrativo sammarinese*, San Marino 1993, p. 182.

19 aprile 2000, già ricordata, ha chiarito come da una diagnosi storiografica erronea derivino errori pratici gravi. E come si riduca al singolare parere jemoliano quella favoleggiata "recentissima ed inedita giurisprudenza del Consiglio dei XII", evocata da un valoroso giurista sammarinese in una memoria di parte, per la quale "non vi sarebbe obbligo per il giudice di terza istanza di scegliere tra le due sentenze [...], ma anzi la facoltà di «ritenere entrambe in tutto od in parte erronee»". Finché il potere di riformare lo statuto e di derogare al diritto comune spetterà al Consiglio grande e generale – finché a questo spetterà "l'esercizio del potere legislativo" (art. 3, comma 2 [ora comma 7], della l. 8 luglio 1974 n. 59 [non incisiva, la modifica introdotta con l'art. 3 della l. 26 febbraio 2002 n. 36]) –, né il Consiglio dei Dodici né l'autorità di un maestro basteranno a modificare la disciplina vigente.

Non un precursore di Jemolo può vedersi in Ettore Nadalini, intento a respingere l'artificiosa equiparazione di terza istanza e cassazione (Consiglio dei dodici, 31 marzo 1925, citato, G.S. 1925, p. 6)⁸.

3 Ma il parere di Arturo Carlo Jemolo non è un *hapax legòmenon*, se la sua linea è riemersa in due decisioni consiliari: sulla c. 56/1987 e sulla c. 389/1988, non ancora edite a stampa (ne dà ampia notizia PALMUCCI, pp. 4, 5-10 [4, 6-12]; pp. 11-13 [13-16]). Cui si aggiunge la delibera numero 2 del 7 maggio 2001, su parere di un terzo consulente (cfr. PALMUCCI, pp. 30-36 [36-45]); il quale, pur attestandosi sulla linea che vorrei dire jemoliana⁹,

⁸ Il punto che attirava l'attenzione del Nadalini era già chiarito da T.C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, cit., p. 177, ampiamente escerpito dal consulente. Ma questi nel parere ai Dodici finisce con il non chiarire bene a se stesso il congegno sammarinese della terza istanza: nega ciò che nessuno affermerebbe (l'artificiosa equiparazione di terza istanza e cassazione) e sembra affermare apoditticamente ciò che non trova rispondenza nel sistema sammarinese (compresa la funzione del *consilium*): "l'istituto della terza istanza non va confuso colla cassazione, la quale è giudice esclusivamente di diritto, mentre nella terza istanza si fa luogo al riesame del fatto e del merito, trattandosi veramente di un nuovo giudizio di appello. Ond'è che in questa sede di terza istanza è fatta facoltà al magistrato di portare le sue indagini sopra tutto quanto emerge dal processo e di rilevarne ed interpretarne gli atti e gli elementi per derivare il giudizio che è proprio della suprema funzione giurisdizionale" (G.S. 1925, p. 6ab. In corsivo le parole che egli prende al Giannini).

⁹ Il rispetto che porto al maestro mi obbliga ad osservare che incomprensibile rimane l'illustre autore di questo parere, quando asserisce, senza far nomi e mettendo fra virgolette brandelli di una mia scrittura: "L'intuizione del giusto (o, se si vuole, la tensione verso il giusto), di C.A. Jemolo, che è stata considerata come peculiare caratteristica del suo metodo, non può essere considerata quale espressione di 'una temperie culturale ormai conclusa'".

formula un "auspicio": "che il Consiglio dei dodici sollecciti la conclusione dei lavori relativi alla elaborazione di un progetto che risolva definitivamente il dibattito in corso" (PALMUCCI, p. 36 [44]). La prima delle quali decisioni ha suscitato un esposto dell'Ordine degli avvocati e notai sammarinesi al Consiglio dei dodici, 28 gennaio 1993; la seconda ha indotto il medesimo Consiglio alla citata delibera generale del 13 maggio 1999 (ricordata da S. PALMUCCI, cit., p. 14 [16s.]). Un estratto di quell'esposto dà S. PALMUCCI, p. 4s. [4-6]; come pure dà ampi stralci del parere aggiuntivo reso dal consulente, pp. 5-10 [6-12]. Quanto alla c. 389/1988, con delibera numero 8 del 27 ottobre 1999 il Consiglio ha preso atto del parere reso dal consulente, "ma ne ha sospeso l'adozione" (S. PALMUCCI, p. 11 [13]). Edita a stampa è ora la decisione del 26 settembre 1995, ric. 5/1995, *G.S. amministrativa dal 1990 al 1999*, pp. 110-124 (si vedano in specie le pp. 114-117).

Non può tacersi che in quest'ultima decisione, contro le risultanze (qui § 1), si afferma: "è assolutamente vero [...] che la giurisprudenza costante del Consiglio dei dodici è proprio nel senso di pronunciarsi anche in modo totalmente o parzialmente difforme dalle sentenze [...] dei giudici di grado inferiore. Richiamo qui, per chiudere questa questione, la sentenza del Consiglio dei dodici dell'11 settembre 1979 [...]; la sentenza [...] del 22 marzo 1990 (cause riunite [...] n. 282 del 1985 e 182 del 1986, in *Giurisprudenza sammarinese* 1980-1990, p. 484ss.); la sentenza [...] del 3 dicembre 1992 (causa [...] n. 56 del 1987)" (p. 115s.). Che è una lucida *petitio principii*: la prima decisione è appunto la jemoliana, nella parte edita a stampa della seconda non viene toccato il problema, la terza decisione è appunto quella da cui prese inizio la *nouvelle vague*. Questo è tutto. Non fa poi necessariamente contraddizione con l'assunto sostenuto dal mio amico, e tuttavia consola, il fatto che

specie se la nuova 'temperie', affermata al suo posto, di tali esigenze non si faccia carico, magari perché protesa verso una perfezione formale del sistema fine a se stessa che inevitabilmente l'allontana dagli interessi e dai problemi di chi della giustizia deve fruire". Così leggo nella silloge curata da S. PALMUCCI, p. 40s. Ho scritto: "[...] conviene qui notare come [nel] parere [reso da A.C. Jemolo] si dispieghi [...] e domini quell'intuizione del giusto, che guidò costante l'opera di Arturo Carlo Jemolo, giurista e cittadino, quasi cifra del suo metodo. E si manifesti una rappresentazione del diritto comune, quale astratto complesso di norme avulso dall'ordinamento in cui trova osservanza, che appartiene ad una temperie culturale ormai conclusa (mie *Varianti e costante del diritto comune*, nella *Rivista di diritto civile* 1993, II, pp. 639-643; *Satura lanx* 30 *Linee sammarinesi per lo studio del diritto comune*, negli *Studi in onore di Pietro Rescigno* I, Milano 1998, pp. 211-222, con altri riferimenti). E bisogna aggiungere: una rappresentazione, che riguardo ai problemi della terza istanza non trova conforto nei dati" (PALMUCCI, p. 31s.). Parole modeste che ho letteralmente ripetuto qui, sulla nota 3; ma tutt'altro da ciò che l'illustre censore mi attribuisce.

egli concluda la sua ampia disamina così: "Deve quindi essere confermata integralmente la sentenza di appello" (p. 123).

4 I miei due valorosi amici che hanno reso pareri per le cause civili 56/1987 e 389/1988, e per il ricorso 5/1995, non tentennano nelle loro fermissime opinioni. Per il primo "La podestà giurisdizionale" del Consiglio "non è [...] limitata ad una scelta tra le pronunce di primo grado e di appello. Non esiste alcuna norma statutaria o di altra natura che imponga una restrizione così insopportabile della giurisdizione del Consiglio dei dodici, vale a dire del massimo organo giurisdizionale della repubblica. In particolare, la norma del § 667 dello statuto, che disciplina la materia, non solo nulla dice a questo riguardo, ma dichiara che i consiglieri membri del Consiglio dei XII cui sia devoluto il ricorso contro una sentenza del giudice delle appellazioni *sint et esse intelligentur iudices competentes*" (parere aggiuntivo, riferito da S. PALMUCCI, p. 8s. [10]). Per il secondo l'opinione "che ritiene essere 'principio generale' dell'ordinamento sammarinese quello secondo il quale al Giudice di terza istanza spetterebbe solamente di scegliere tra le due sentenze tra loro difformi precedentemente pronunciate, è del tutto priva di qualunque argomentazione: si tratta di un'affermazione assolutamente apodittica che si limita a qualche generico riferimento sostanzialmente retorico a una pretesa 'tradizione' della quale tuttavia non è in grado di offrire alcuna prova concreta" (parere, riferito da S. PALMUCCI, p. 12s. [15]).

Sia detto di passaggio, la prima opinione non soltanto ignora il sistema, che invece comprende D. 42,1,28; ma anche può indurre un lettore frettoloso a credere che il § 667 dello statuto, libro IV, tit. 2, disciplini la terza istanza (mentre attiene all'appello): se infatti la rubrica vale qualcosa per intendere il disposto, nel regolare la competenza dei giudici di secondo grado, questo paragrafo concerne gli appelli proposti da loro in causa propria ([...] *de appellationibus interponendis ab eis*), per i quali fa competente il Consiglio (il quale potrà avvalersi di terzi nella forma del *consilium sapientis*: § 668). Nel particolare ordinamento sammarinese il § 667 dello statuto fornisce il mezzo per osservare il solenne divieto espresso in una costituzione del *Codex*: "[...] nemini sibi esse iudicem uel ius sibi dicere debere", perspicuamente motivato: "in re enim propria iniquum admodum est alicui licentiam tribuere sententiae" (C. 3,5 un.): un tratto di sistema, non privo di implicazioni costituzionali, sul quale converrà riflettere. E più ancora l'opinione ora considerata dà per certo quello che semmai dovrebbe dimostrarsi: il carattere propriamente giurisdizionale della delibera di terza istanza¹⁰: che va inferito dalla disciplina, e non presupposto (tutti sanno che

¹⁰ Contro il quale basti ora il rilievo di A. ZAVOLI, *Lineamenti*, cit., p. 36.

spetta al legislatore dettare precetti, non tracciare teorie). L'inappropriato richiamo del § 667 torna nella decisione del 26 settembre 1995 (*G.S. amm.* 1990-1999, p. 116).

Dettando il parere al Consiglio sul ricorso n. 5/1995, il primo scrive: "Non esiste alcuna norma né del diritto comune vigente in San Marino, né del suo statuto, né proveniente da altra fonte legislativa che limiti in alcun modo il potere del giudice di terza istanza, ossia il Consiglio dei dodici, a pronunciarsi in piena autonomia rispetto alle due sentenze emesse nei precedenti gradi di giudizio"; sicché "l'affermazione" opposta "è del tutto arbitraria in quanto priva del benché minimo fondamento, anche se dispiace di dover notare che essa sia ripetuta anche in recenti pubblicazioni" (*G.S. amm.* 1990-1999, p. 115).

Convienne dunque tornare alle fonti.

Statuto, libro IV, tit. 7 *Quod non liceat nisi semel tantum appellare; et de duabus sententiis conformibus*. Dove in specie si considereranno i §§ 697s., 705 per le ipotesi in cui viene ammesso il rimedio; mentre per la procedura si vedranno soprattutto i §§ 701-708 (e per la mancata prestazione del *consilium* il § 709).

"[...] a sententia lata per iudices appellationum super appellatione [...] non liceat ulterius appellare, nec aliquo modo reclamare [...], quando sententia iudicum concordat et conformis est cum prima sententia a qua fuerit appellatum. | Si vero sententia iudicum appellationis discordat a prima sententia, et aliqua partium ab ipsa sententia iudicum appellationis discordante a prima [...] diceret se gravatam, possit petere ipsam sententiam iudicum in partibus non conformibus tantum revideri cum consilio sapientis [...]" (§ 697 s., p.162). Vale a dire: "Contro la sentenza resa dal giudice d'appello non è consentito più appellare, né altrimenti interporre ricorso [...], quando la sentenza del giudice d'appello sia conforme alla prima sentenza contro cui venne interposto appello. | Ma se la sentenza del giudice d'appello differisca dalla sentenza di primo grado, e se una parte si dica danneggiata dalla sentenza d'appello, difforme appunto da quella di primo grado, può domandare che sia riformata la sentenza d'appello nelle sole parti difformi, sentito il parere di un esperto. Questa riforma deve domandarsi <al Consiglio dei Dodici> entro otto giorni dalla pronuncia della sentenza d'appello [...]" (si veda pure la traduzione officiosa di Marino Fattori, *Leges statuta reipublicae sancti Marini*, Florentiae MDCCCXCV, p. 184).

L'ultimo disposto, con quello che lo segue immediatamente (§ 699), è ribadito dalla l. 5 giugno 1923 numero 13, che appunto mantiene al Consiglio dei Dodici il "compito [...] di pronunciare sulle domande di revisione delle sentenze a' sensi della rubrica VII, libro IV degli statuti" (art. 2, num. 1); il

contesto rende impossibile confondere la statutaria *revisio* della *sententia iudicum* <*appellationum*>, traslitterata in "revisione delle sentenze a' sensi della rubrica" citata, e la "revisione delle sentenze penali di condanna a norma e per gli effetti del [...] codice di procedura penale", tolta al Consiglio grande e generale ed attribuita ai Dodici dall'art. 3, num. 6, della l. 13/1923 (il rilievo è meno ovvio di quanto possa apparire: lo si vedrà fra breve).

Basti qui osservare come l'enunciato del § 698, prevedendo un parziale riesame indirizzato ad assicurare la conformità delle sentenze, faccia sistema, come ogni antinomia, con la regola posta nel § 697, che esclude un grado di giurisdizione successivo all'appello. E come l'uno e l'altro enunciato non si intendano senza risalire all'unica ragione, che fonda il secondo grado di giudizio e viene espressa nel § 682 dello statuto con mirabile tecnica musiva (Libro IV, tit. 4 *De appellationibus interponendis a diffinitiva et infra quantum tempus causa expediri debeat*. Nelle parole degli statuti si riconoscono stralci significativi di C. 6,42,32,1; Decr. 64, 5; Extra 1,29,21): un'identica ragione fonda nella cultura medievale così la duplicità dei gradi di giudizio, come la terza istanza: "[...] illud iudicium recta dicitur veritate fulciri, quod plurimorum sententia comprobatur"; lo stesso fondamento su cui l'esperienza medievale poggia la formula maggioritaria¹¹. Sul principio del doppio esame e sulla conseguenza preclusiva di esso, Consiglio Grande e generale, 6 settembre 1990, su varie cause riunite, *G.S.* 1981-1990, p. 105 (dove pure il richiamo al § 148 dello statuto, Libro II, tit. 6 *De abbreviatione litium et modo procedendi in causis civilibus*). La tensione che nel sistema sammarinese stringe insieme il divieto di un terzo esame del merito (§ 697) e l'espedito del ricorso al Consiglio dei Dodici (§ 698) esclude che questo dia luogo ad un successivo grado di giurisdizione.

Quello sammarinese viene addotto fra gli statuti più significativi da A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione VI. Storia della procedura*, parte II, Torino 1902, p. 300 nota 155. E fornisce un esempio eloquente di quel diritto romanzo in cui Francesco Calasso vide l'apporto incisivo degli statuti medievali alla formazione della nostra civiltà giuridica¹².

¹¹ Sinibaldo FIESCHI, posto in luce da E. RUFFINI, *Il principio maggioritario* [1927], Milano 1976, p.33 nota 17.

¹² *Diritto volgare, diritti romanzi, diritto comune* (1948), rist. nell'*Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, specialmente p. 227. Per altre indicazioni, *Bertrandi quaedam de regulis iuris*, negli *Annali di storia del diritto* 1964, p. 226 nota 16; ed *Una città nello specchio delle sue norme*, rist. con lo *Statuto del comune di Perugia del 1279 II*, Perugia 1996, p. 329.

Sul «principio, accolto dal diritto statutario [...] della doppia conforme» e sul corrispondente «sistema della terza istanza», P. CALAMANDREI, *La cassazione civile I. Storia e legislazioni* (1920), rist. nelle *Opere giuridiche VI*, Napoli 1976, p. 229ss. (cfr. p. 219 e nota 41); e già L. MORTARA, *Appello civile*, nel *Digesto italiano III*, 2, Torino 1890, pp. 398b, 407-409, 450, 463-465; F.S. GARGIULO, *Appellazione*, nell'*Enciclopedia giuridica italiana I*, 3, Milano 1893, pp. 188-190. Poi sinteticamente G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale II*, Milano 1927, pp. 582, 586s.; e meglio P. FIORELLI, *Appello*, nell'*Enciclopedia del diritto II*, Milano 1958, p. 718; M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, negli atti del congresso *Diritto e potere nella storia europea*, Firenze 1983, pp. 910, 916. Per un accenno alla doppia conforme sammarinese, D. DE BENEDETTI, *San Marino*, nel *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, XVIII, Torino 1998, p. 142. Sul dibattito italiano fra Otto e Novecento, N. PICARDI, *Lodovico Mortara magistrato*, negli atti della *Giornata lincea in ricordo di Lodovico Mortara [...]* (Roma, 17 aprile 1997), Roma 1998, pp. 89-91.

Basta poi confrontare i testi, per vedere come le *leges statuta*e si esemplino sul frammento di Modestino accolto nel Digesto:

(D. 42,1,28) "*Duo iudices [...] diversas sententias dederunt. Modestinus respondit utramque sententiam in pendentibus esse, donec competens iudex unam earum confirmaverit*";

ma sarebbe uno sfoggio di dottrina allineare i passaggi di quel testo nell'opera plurisecolare della Scuola. Mentre conviene osservare che il testo giustiniano si trova prontamente rispecchiato con tecnica musiva nel *liber Extra* (X. 2,27,26 Gregorio IX: "*Duobus iudicibus [...] diuersas sententias proferentibus [...]. Si uero ex delegata potestate, utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis. [...]*").

E sulla costituzione giustiniana accolta nel Codice:

(C. 7,70 un.) "*Si quis in quacumque lite iterum prouocauerit, non licebit ei tertio in eadem lite super isdem capitulis prouocatione uti [...]*",

pure rispecchiata nel *liber Extra* (X. 2,28,65 Onorio III: "*[...] illos non potuisse de iure tertio appellare [...]*"), segno eloquentissimo dell'*utrumque ius* (dopo Francesco Calasso non può disconoscersi l'identificazione del diritto comune con l'*utrumque ius*). Guardava quel testo imperiale attraverso le lenti dell'esperienza a lui nota T.M. RICHERI, *Vniuersa ciuilis et criminalis iurisprudentia*, lib. IV, tit. XXXIX, caput X, sectio I, § 2286 e nota 9 (III, Venezia 1841, p. 542 b).

Nello stile delle decretali pontificie *de iure* è la formula del rinvio ricettizio. Conviene peraltro insistere: il testo giustiniano esclude un terzo esame di merito.

Il frammento di Modestino (D. 42,1,28) va connesso a quello di Paolo, accolto in D. 44,2,6, dove si enuncia la *probabilis ratio* cui fa capo il congegno della *res iudicata* (da

leggere sulla scorta di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile I*, rist. Napoli 1956, p. 320). Mi astengo dal ragionare qui sui problemi del giudicato in generale. Basta osservare intanto che le idee di Adriano Mari (parere citato nella nota 2) erano coerenti alla costruzione che spiegava il giudicato alla stregua di una "presunzione di verità": "[...] mancherebbe la doppia conforme, che è il maggior fondamento della presunzione di verità e di giustizia e lo scopo precipuo di questo ordinamento giudiziario". Testi circostanze e critica di quella fortunata costruzione offriva G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, pp. 112s., 320s.

5 Un tale confronto permette di comprendere come sia potuto avvenire che in ambienti cittadini tanto diversi e lungo un giro di secoli tanto ampio, fino alle codificazioni, l'esigenza della doppia conforme abbia trovato soddisfazione ragionevole nella terza istanza, regolata costantemente come risulta dallo statuto sammarinese. E come nell'unità del sistema, teso fra disciplina statutaria e norma giustiniana¹³, "le differenti sentenze pronunciate da due giudici restino prive di esecutività, finché un giudice competente ne abbia confermato una" (che è, trasposto in volgare, il detto di Modestino [D. 42,1,28]). Quando il diritto comune storico verrà liberato di quell'aura che ne impedisce la vista, dovrà pure risultare che qualche maestro, oggi sconosciuto, costruì la doppia conforme di merito, raggiunta per terza istanza, come una sentenza collegiale, regolata dalla formula maggioritaria -sulla traccia segnata nella glossa ordinaria *idest qui eos* D. 42,1,28-.

Una rappresentazione attendibile del sistema imperniato sul diritto comune, da un canto ha posto in luce il carattere retorico dell'antitesi fra questo ed il diritto proprio a ciascun ordinamento -inducendo a riconoscere, di là da ogni antitesi storica, gli elementi di diritto comune che emergono negli statuti-; dall'altro inclina a riguardare il diritto comune per i nessi di sistema che stringono fra loro in ciascun ordinamento norme di scaturigine diversa. Come nella repubblica sammarinese lo statuto dà vigore al *ius commune* dove lo statuto medesimo, o le sue *reformationes* o le *consuetudines* tacciano (lib. I, tit. 13, § 18; tit. 31, § 38; lib. II, tit. 6, § 144), così la formazione del giudicato, quando siano discordi le sentenze di merito pronunciate nei due gradi successivi, trova nello statuto una disciplina concorrente con quella di *ius commune*. La quale fu elaborata nella Scuola sulla base del frammento citato

¹³ A mio disdoro confesso di avere addotto il frammento di Modestino e la costituzione giustiniana nei pareri del 19 aprile 2000, c. 393/1988 (p. 3s.) e del 13 settembre 2000, c. 306/1996 (p. 4s.), elencati qui nel § 1; ma non già nel parere di massima, 13 maggio 1999 (ricordato nella premessa), tutto ragionato a *ius proprium*.

(D. 42,1,28) e di altri che ad esso dovevano connettersi (ad esempio C. 7,70, un., per l'espresso divieto di un terzo esame del merito). È sulla scorta di quel frammento che si intende la stessa disciplina dettata nelle *leges statuta* sammarinesi. Per lasciare al discorso la sua ampiezza, non altro insegnava la Scuola, quando formulava certi enigmatici brocardi: *statutum recipit interpretationem passivam a iure communi*, oppure *statutum a iure communi interpretationem sumit*¹⁴. Che quei brocardi non siano stati e non siano vacui giochi di parole, ma "delineino il sistema" ha dovuto osservare il Consiglio grande e generale, 6 settembre 1990 (citata: *G.S. 1981-1990*, p. 136). Per altre pronunce sammarinesi, mia *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, nel *Digesto IV edizione X Civile*, Torino 1993 (estratto), p. 16 e nota 32 (poi *Lineamenti dell'interpretazione*, Perugia 2002, p. 22 e nota 37).

Ora la norma del Lib. IV, tit. 7, § 698, è riassunta nell'articolo 2, numero 1, della l. 5 giugno 1923 numero 13 (già ricordata); e nell'articolo 5, comma 2, della l. 28 ottobre 1992 numero 83. Istituentosi poi gli organi della giurisdizione amministrativa, la procedura per il ricorso in terza istanza viene descritta nell'articolo 21 della l. 28 giugno 1989 numero 68, che non richiede l'impulso di parte, attribuendo l'iniziativa allo stesso giudice d'appello (c. 2); mentre alla "parte privata, soccombente in appello", consente però la "rinuncia al giudizio di terza istanza" (c. 5)¹⁵. Riassuntiva della disciplina generale, fin qui considerata, è poi la norma dell'art. 21, comma 4, della l. 68/1989 (quasi un'interpretazione autentica): "Il Consiglio [...] stabilisce quale delle due sentenze difforni adottare, sentito il parere di un esperto [...]".

Non conclude il tentativo di ridurne il significato con argomento impertinente, di palese carattere dogmatico: Consiglio dei dodici, 26 settembre 1995, ric. 5/1995, *G.S. amm.* 1990-1999, p. 116. Basti osservare che l'antitesi fra merito e legittimità in ordine al sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi riflette l'antitesi costituzionale fra amministrazione e giurisdizione, nulla dice su struttura e natura ed effetti della sentenza del tribunale o del giudice di secondo grado.

¹⁴ Per un dibattito famoso, dopo la sintesi di E. BESTA, *Fonti: legislazione e scienza giuridica*, Milano 1925 (*Storia del diritto italiano* I, 2), p. 479, dati essenziali forniva F. CALASSO, *Il concetto di diritto comune* [1933], rist. nell'*Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 72s.; quindi G. ERMINI, *Corso di diritto comune* [1943], rist. *Scritti di diritto comune* II, Perugia 1980, pp. 39-41; riassuntivamente M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Milano 1969, pp. 440-442.

¹⁵ Su questa disciplina speciale, che attende il vaglio dell'esperienza e meriterà qualche limatura, A. ZAVOLI, *Lineamenti*, cit., pp. 175 s., 181-185.

Posta nel sistema del diritto comune, quale ora vige a San Marino, quella norma attribuisce al Consiglio dei Dodici il potere di *revidere cum consilio sapientis* la pronuncia di secondo grado *discordans a prima sententia* nel preciso limite segnato dal Digesto: "[...] *donec competens iudex unam earum confirmaverit*". Tutt'altro da quella revisione che sarà disciplinata nell'art. 201 s. del codice di procedura penale; e competerà al Consiglio dei Dodici per l'art. 3, numero 6, della l. 13/1923¹⁶.

Chi non lasci tra le escogitazioni degli eruditi il sistema incentrato sul diritto comune, vede come esso innervi l'ordinamento sammarinese. Qui lo statuto radica fra le attribuzioni del Consiglio la delibera (non giurisdizionale) di terza istanza e ne regola alcuni momenti di procedura. Null'altro disponendo, viene integrato dalla norma di diritto comune: ciò che in linea generale risulta dalla regola d'integrazione sancita nei §§ 18, 38, 144 dello statuto. Detto in breve, è integrato dal preciso disposto del Digesto.

Nessuna meraviglia, se il Consiglio dei dodici si è attestato su una linea (§ 1), interrotta dal solo episodio jemoliano (§ 2) e dalle sue reviviscenze (§ 3); e se la dottrina si è espressa all'unisono (parere al Consiglio per la delibera generale del 13 maggio 1999¹⁷; e delibera di specie 13 settembre 2000, c. 306/1996, § 2.2), di certo non prestando ossequio ad "una pretesa «tradizione»", priva di base in "norme statutarie o di altra natura", "del tutto arbitraria" perché destituita "del benché minimo fondamento". I miei amici lo potranno riconoscere.

6 Chiarita infatti la disciplina vigente nella ricchezza dei suoi strati, disciplina che risulta da una pluralità di precetti composti in sistema, chi è *nullius addictus iurare in verba magistri* (ep. 1,1,14) può ben ritenere che il pensiero giuridico già formatosi di per sé non chiuda la questione (per usare parole di un giovane amico [*G.S. amm.* 1990-1999, p. 115]), ma insieme ritiene che tuttavia esso meriti considerazione attenta. E ciò pure se conserva intatta la sua attualità un *obiter dictum* di Giovanni Gualandi: nell'"ordinamento sammarinese [...] sono le decisioni giudiziarie, più che l'attività della dottrina, ad esercitare una funzione di guida e di orientamento e a de-

¹⁶ Si veda P. GUALTIERI, *Codice di procedura penale per la repubblica di San Marino (1878), con leggi complementari e note di giurisprudenza*, s.l., 1998, pp. 39s., 111s. A S. PALMUCCI si deve una raccolta dei recenti pareri al Consiglio dei Dodici per la revisione di sentenze penali: *La revisione di sentenza penale nella giurisprudenza del Consiglio dei dodici*, I, San Marino, s.d.

¹⁷ Citata nella nota 1: se ne veda il § II.

tenere l'*auctoritas* interpretativa" (parere al Consiglio dei dodici, 11 settembre 1979, c. 320/1974, *G.S.* 1970-1980, p. 125). Fondata sulle norme vigenti nella loro complessità (§ 4) e sull'osservazione dell'esperienza (§ 1), la dottrina è unanime. Bastino qui le parole di Guido ASTUTI, che trascrive dalla *Relazione al Consiglio Grande e generale sui problemi istituzionali dell'ordinamento sammarinese*, Roma 1972, p. 117¹⁸:

«Le sentenze di secondo grado sono definitive¹⁹, se conformi a quelle di primo grado. In caso di difformità è consentito il ricorso al Consiglio dei Dodici, che giudica in terza istanza uniformandosi al parere di un consulente, in base al quale, con la propria definitiva decisione, rende esecutiva una delle due sentenze».

E nel «riaffermare [...] la opportunità della conservazione dell'istituto della terza istanza», egli insisteva (p. 129):

«Questa non costituisce un terzo grado di giurisdizione, in quanto, secondo il sistema predominante nella legislazione statutaria medievale e accolto dalle *leges statutaе*, fondato sul principio della 'doppia conforme', il rimedio della terza istanza è ammissibile solo quando la sentenza di secondo grado abbia riformato quella di primo grado, ossia limitatamente all'ipotesi di difformità o discordanza tra le due sentenze. È dunque una sorta di riesame, doppiamente circoscritto, poiché il ricorso è ammissibile solo rispetto ai capi riformati o non confermati (*in partibus non conformibus tantum*: cfr. *Leges statutaе*, lib. IV, rubr. VII, cap. 698-705), e il potere decisionale del giudice di terza istanza è limitato alla conferma della prima o della seconda sentenza, nei capi difformi, senza la possibilità di una pronuncia che non acceda all'una o all'altra di esse, realizzando così l'intendimento della 'doppia conforme'».

E sintetizzava così la procedura (p. 129s.):

«Per norma statutaria, confermata dall'art. 2, n. 1, della legge 5 giugno 1923 n. 13, la competenza a conoscere dei ricorsi in terza istanza è attribuita al Consiglio dei Dodici, che decide in conformità al *consilium sapientis*, attenendosi al parere del giureconsulto forestiero, con una pronuncia che, come osserva il Giannini "è piuttosto un voto che una sentenza, in base al quale si rende esecutiva una delle due sentenze"».

E concludeva:

«La disciplina del procedimento è soddisfacente, e non richiede modificazioni» (p. 130).

Vedrà il Consiglio grande e generale se non convenga dire piuttosto una parola, dopo che il Consiglio dei dodici ha saputo dare norma a se stesso con la delibera numero 2 del 13 maggio 1999 (ricordata in premessa); ed accogliere gli auspici formulati di recente (per uno fra questi, § 3)²⁰.

¹⁸ Riproduzione anastatica, San Marino 1993 (*Progetti e materiali per San Marino* 2).

¹⁹ Nel senso di irreformabili, s'intende.

²⁰ Non è da escludere infatti l'opportunità di una legge interpretativa, perché non resti

È tuttora da meditare per altro la disamina offerta da Torquato Carlo GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese* (1901), seconda edizione (curata da F. Viroli), San Marino 1967, pp. 177-179, che nettamente «esclude la possibilità di una sentenza che non acceda all'una od all'altra delle proferite» (p. 177). Per quel giurista italiano, conoscitore impareggiabile dell'esperienza sammarinese ed attento ad evitare trapianti incongrui (p. 9),

«[...] il mandato del giudice di terza istanza, limitato nel diritto consuetudinario alla conferma dell'una delle due sentenze, non deve confondersi con quello dato o vagheggiato dalle legislazioni moderne di un tribunale che in terza sede conosce bensì del merito della controversia, ma con facoltà eziandio di annullare le due sentenze, o di emetterne una nuova e diversa: sistema incompatibile con l'intendimento della «doppia conforme» che è la base della terza istanza nella pratica statutaria. Tanto è vero che se le sentenze sono conformi, la terza istanza non viene ammessa; e, se in parte sono conformi ed in parte difformi, la terza istanza, sempre per espressa disposizione dello statuto, è ricevibile solo rispetto ai capi riformati, o non confermati, evidentemente acciocché là dove non si hanno, si possano avere due pronuncie conformi. Di più, il giudizio di secondo appello si chiude con una sentenza del Consiglio dei XII che adotta il voto del consulente; essa è piuttosto un voto che una sentenza, in base al quale si rende esecutiva una delle due sentenze. Anche ciò esclude la possibilità di una sentenza che non acceda all'una od all'altra delle proferite».

Dove soltanto si vedrebbe meglio individuato nel diritto comune il titolo della disciplina, piuttosto che nella consuetudine (il rinnovamento metodologico proposto da Francesco Calasso era di là da venire²¹). Ma nel penultimo periodo è come un inconsapevole calco dal D. 42,1,28)²².

Un'esposizione sintetica ha dato poi Renzo BONELLI, *Gli organi dei po-*

una sorta di *internum corporis* quella delibera del 13 maggio 1999. Del resto nell'art. 21, comma 4, della l. 28 giugno 1989 num. 68 può ben cogliersi un tratto di interpretazione autentica (cfr. qui nel § 5).

²¹ Il mio maestro ne avrebbe fatto cenno rendendo un parere *pro ueritate* il 2 gennaio 1948, edito nella *G.S.* 1963, pp. 507-519 (cfr. p. 509).

²² Un accenno brevissimo nell'articolo dello stesso GIANNINI, *Giurisprudenza sammarinese*, cit., p. 144. Sarebbe puntigliosità censurare la costruzione di un "giudizio di secondo appello", resa innocua dal prosieguo del discorso (se non avesse trovato un'eco nei protocolli della *nouvelle vague*). Del tutto comprensibile, poi, che sfuggisse al Giannini il rilievo del sistema incentrato sul diritto comune. Il Consiglio dei dodici nella delibera 24 marzo 1870 (citata qui nella nota 2) aveva "ritenuti i motivi tutti dedotti e le ragioni ampiamente sviluppate nel voto stesso" (del consulente).

teri pubblici nell'ordinamento della repubblica di San Marino, San Marino (1984), p. 72: la procedura tracciata nello statuto mira ad

«ottenere un ulteriore responso, destinato a realizzare la “doppia conforme”, e cioè una sentenza che non sia una terza soluzione del caso in discussione, bensì esclusivamente una conferma integrale della prima o della seconda»,

spettando al

«sapiente [...] confermare esclusivamente l'una o l'altra delle sentenze precedenti, senza aggiungere o modificare alcuna delle disposizioni in esse inserite, e pronunciandosi eventualmente solo per la attribuzione delle spese di quest'ultimo giudizio».

Non per amore di completezza, qui aggiungo alla dottrina che già ricordavo nel parere al Consiglio del 13 maggio 1999, l'ossimoro di Guidubaldo Gozi, *Elementi di diritto giudiziario sammarinese*, nella *Giurisprudenza italiana* 1961, IV, col. 116²³, tributario del Giannini²⁴ pur nel tentativo di seguire strade mai percorse:

«Che per inveterata consuetudine, il Consiglio dei XII si uniformi al parere del sapiente, non esclude che la sua maggioranza, opinando in modo diverso, emetta altra decisione o nomini altro consulente».

Ma sempre che di consuetudine si tratti —e non dell'osservanza di norme, come risulta ormai (§ 4)—, in un paese a diritto comune la *inveterata consuetudo* produce l'effetto che Giuliano descriveva nel D. 1,3,32,1: *pro lege non immerito custoditur*; e per l'appunto “esclude” ciò che si vuol ritenere possibile (e sembra accaduto negli ultimi anni talvolta). Quanto alla “nomina di altro consulente”, si deve ricordare che essa è del tutto esclusa nell'ordinamento sammarinese per ragioni perentorie²⁵. Se l'opinione di Guidubaldo Gozi ora trascritta è superiore ad ogni commento, presentando i caratteri dell'affermazione apodittica, fa evidenti i guasti che derivano dal non percepire i tratti che denotano l'ordinamento sammarinese per il vigore del diritto comune²⁶.

²³ P. 10 dell'estratto.

²⁴ Il brano del *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, riferito qui sopra, cominciava così: “[...] Secondo il sistema predominante nella legislazione statutaria, la terza istanza è ammissibile solo in quanto la sentenza di appello abbia riformato quella di primo grado. Quindi il mandato del giudice di terza istanza, limitato nel diritto consuetudinario [...]” eccetera. Dove la conclusione è da sottoscrivere, non l'argomentazione.

²⁵ Si veda il mio *Breve foglio di lumi*, cit., p. 116s.

²⁶ Per qualche problema pratico si veda ancora il mio *Breve foglio di lumi*, cit., pp. 114, 115 s.

ADRIANA CAMPITELLI

Professore ordinario di storia del diritto italiano
nella Università degli studi di Roma Tor Vergata

*Appunti sull'appello e la doppia conforme
nel diritto comune*

Affrontare il tema dell'appello nel quadro della ricomposizione dell'articolata struttura del processo nel periodo intermedio comporta necessariamente un'indagine sull'istituto processuale che non può limitarsi soltanto all'analisi del profilo che esso assume nell'epoca che si vuole esaminare, perché, come ogni istituto giuridico del periodo, gli aspetti propri che ne caratterizzano la definizione e l'applicazione rappresentano il risultato finale di un complesso processo storico.

Affermazioni non nuove né insolite nell'indagine storico-giuridica che tentano, se possibile, di limitare le aspettative e l'attesa di un'esposizione completa del problema da affrontare, che comporta necessariamente una scelta, per motivi di tempo e di opportunità, che privilegi un quadro d'insieme nel quale collocare l'evoluzione dell'istituto ed alcuni momenti particolarmente significativi di questa evoluzione.

Secondo l'Orestano l'appello, come mezzo per ottenere una nuova pronuncia su una situazione controversa già definita da una sentenza valida, trovò la sua origine nella prassi processuale del Principato¹. In questo istituto si riflettevano le modifiche introdotte al nuovo modo di procedere che si distaccava dall'*ordo iudiciorum privatorum* di tradizione classica ed erano dovute al delinearsi di una organizzazione gerarchica dell'amministrazione voluta dalle riforme di Augusto.

Successivamente, nella complessa opera legislativa di Giustiniano l'istituto tendeva a conservare nel Digesto attraverso le soluzioni della giurisprudenza la fisionomia che l'appello aveva assunto gradatamente fino all'età dei Severi², laddove nel Codice si riflettevano in maniera più diffusa le variazioni successive dovute all'ampio sviluppo della prassi che il legislatore accoglieva.

¹ R. ORESTANO, *Appello (Diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, II (1958), pp. 708, 711; ID., *L'appello civile nel diritto romano*, Torino 1953.

² W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in *Rev. Int. Dr. Ant.*, 12 (1965), pp. 351ss.

Tuttavia tra le disposizioni del Digesto, del Codice e delle Novelle non poteva dirsi delineato nella sua interezza un profilo ben determinato del giudizio d'appello. Di conseguenza la stessa legislazione di Giustiniano lasciava intravedere come il rimedio processuale, oggetto di varie costituzioni e novelle, non avesse ancora trovato un ordine definito.

Infatti l'appello introduceva una profonda innovazione alla concezione classica della genesi processuale del diritto e ne condizionava in qualche modo il graduale mutamento sostanziale tra il passato e l'epoca che si apriva con la raccolta legislativa, poiché in età classica la situazione di diritto sostanziale portata in giudizio veniva individuata attraverso i mezzi che le consentivano di essere riconosciuta e fatta valere in sede processuale. Ne conseguiva che il diritto affermato scaturiva dall'accertamento fatto dal giudice in giudizio e correlativamente dalla tutela che gli veniva accordata, tanto da identificarsi con essa.

L'introduzione dell'impugnativa di secondo grado veniva ad innovare sensibilmente l'istituto di revisione della sentenza di primo grado già dall'impostazione. Alterando i caratteri della struttura precedente del *iudicium* avviava il processo ad una concezione sempre più rigida, normativa, perché il riesame effettuato dal giudice d'appello sottoponeva la sentenza precedente alla verifica di una corrispondenza di essa ad un criterio precostituito scaturente dalla norma da applicare con una funzione strumentale che, secondo l'Orestano, non era più creativa perché soggetta a riesame³.

Da questo diretto rapporto tra giudice e norma nasceva l'immagine cara alla tarda tradizione romana in cui "la norma appare come un'entità obiettiva e costante a cui viene ad adeguarsi la potenziale e variabile attività processuale, con carattere strumentale" e, progressivamente si affermava il principio della sottomissione del giudice alla norma.

Non si può dire che il punto di partenza delle vicende che costituiscono la storia dell'appello nell'Alto Medioevo sia stato determinato dal profilo che aveva assunto l'istituto nella tarda età imperiale, perché la presenza della tradizione germanica portata dai Longobardi nei nostri territori introdurrà situazioni diverse nella ritualità e nello svolgimento dell'attività processuale che si rivelano particolarmente significative in tema di appello⁴. Infatti, sin dall'Editto di Rotari e, dopo di lui, negli Editti di Liutprando e di Rachi, trovia-

³ R. ORESTANO, *Appello*, cit., p. 713.

⁴ P. FIORELLI, *Appello (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, II (1958), p. 714; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano pubblicata sotto la direzione di P. Del Giudice*, Milano 1925, III, 1, pp. 333ss.

mo disposizioni per il reclamo da presentare al re contro una sentenza ingiusta o contro la denegata giustizia di cui si è reso responsabile il giudice ordinario: si prevede la sua punizione in entrambi i casi (qualora abbia giudicato male o si sia reso responsabile di denegata giustizia). Nelle disposizioni edittali il giudice è visto come un funzionario del re, poiché dal re deriva la sua giurisdizione, ed è già scomparsa nella società cui l'editto si rivolge la funzione del duplice organo giudicante del mondo germanico: l'assemblea e i *rachimburgi* o *scabini*. Non diversamente accade nel successivo periodo carolingio, nel quale è data la possibilità del ricorso per appello ad un giudice intermedio che assuma la figura di organo delegato della giurisdizione imperiale in determinate materie, poiché anche in questa epoca storica il sovrano è posto al vertice della funzione giurisdizionale con caratteri esclusivi.

Troviamo ancora regolati, in un Capitolo dell'823⁵, le competenze dei giudici di secondo grado attribuite ai "*missi dominici*", ma con la dissoluzione dell'Impero carolingio si avrà la fine della giurisdizione affidata al re ed ai *missi* come istituto di applicazione generale.

All'interno delle unità politiche territoriali diventa giudice d'appello il feudatario, sia esso laico che ecclesiastico, conservando tale prerogativa anche dopo il sorgere dei Comuni. Si tratta sicuramente di un giudice di grado superiore rispetto ai giudici delle circoscrizioni del territorio: le tracce che rimangono nei rari documenti di questo periodo non riescono ad illuminarlo. Con il *Privilegium Constantiae* (1183) i Comuni vittoriosi a Legnano ottenevano il riconoscimento di una limitata competenza nelle cause d'appello e, conquista importante, anche i giudici che dovevano essere inviati dall'Imperatore, nel quadro di una sua riaffermata e mai attuata giurisdizione di secondo grado, avrebbero dovuto giudicare in appello "*secundum mores et leges*" delle diverse città⁶.

Da questo inizio tutta la successiva legislazione comunale conterrà le norme in materia d'appello, senza limiti di competenza, considerando queste disposizioni perfettamente aderenti ed armoniche con l'autonomia dell'ordinamento comunale che ne stabilirà la procedura, i tempi e i gradi.

Si può rilevare che la situazione durò a lungo confusa: l'autorità centrale avanzava rivendicazioni di competenza prevalente ed esclusiva sugli appelli, le sopravvivenze feudali tenaci ed in qualche modo territorializzate che incombevano, e la rinascita del diritto romano proposta ed attuata dalle Univer-

⁵ P. FIORELLI, *Appello*, cit., p. 715; G. SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., III, 1, p. 338.

⁶ P. FIORELLI, *Appello*, cit., p. 715; G. SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., III, 2, pp. 558ss.

sità non semplificavano l'attuazione delle nuove esigenze territoriali in materia di giurisdizione. Di conseguenza, se la consuetudine inglobava all'interno del territorio le tradizioni più vicine alla prassi osservata che veniva riproposta nelle rubriche "*de appellationibus*" e "*de causis appellationum*" presenti in numerosissimi statuti delle nostre città, la dottrina si dimostrò invece più attenta sin dalle prime battute alla lettura ed alla interpretazione delle norme in materia contenute nella legislazione giustiniana. Il riconoscimento teorico della giurisdizione d'appello, come uno degli attributi della sovranità imperiale, è ancora presente nelle riflessioni dei primi Glossatori, ma l'analisi della situazione concreta viene largamente integrata dalle disposizioni sull'appello contenute negli Statuti. Ed a questo *ius proprium* che si affermava si deve la nuova sistemazione della materia, insieme alla ricomposizione dell'ordinamento giudiziario, che ordina e regola la competenza dei giudici d'appello nell'ambito territoriale.

Tracciare una linea comune riferibile alle nostre vicende statutarie non appare possibile per la molteplicità e la diversità delle fonti, ma si può affermare genericamente, con la consapevolezza di molte possibili eccezioni, che in un primo momento in alcuni Comuni la cognizione delle cause d'appello fu attribuita, insieme ad altre funzioni giurisdizionali, ai consoli o al podestà, ma non mancano esempi di appello alle assemblee e, successivamente, fin dal XIII secolo si possono trovare negli Statuti magistrature speciali, consoli degli appelli o giudici degli appelli, oppure vedere affidata la competenza in materia al Consiglio maggiore o al Consiglio minore del Comune⁷.

Più importanti e significativi per la storia dell'istituto si rivelano i principi generali elaborati dalla dottrina del diritto comune sulla base del nuovo insegnamento dei testi di diritto romano. Indagando sulle fonti trasmesse dai testi giustiniani e i giuristi nel corso del XII secolo, e con maggiori risultati nel secolo successivo, affrontarono i caratteri delle impugnazioni nella prospettiva di una giurisdizione articolata secondo due gradi di giustizia previsti in ordine gerarchico che consentisse l'esame della controversia almeno due volte⁸.

L'eco di questo insegnamento, mediato dalla prassi, si avverte anche nelle legislazioni particolari nelle norme che riguardano la procedura, l'oggetto dell'appello, i soggetti che provocano l'impugnazione, le forme e i termini.

L'appello era ammesso contro qualsiasi sentenza, salvo che non fosse esplicitamente escluso. Le esclusioni erano molte: non si appellava contro il

⁷ G. SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., III, 2, pp. 557ss.

⁸ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, II. *I glossatori civilisti*, Milano 1970, pp. 135ss.

lodo dell'arbitro⁹, così dichiarava anche Tancredi nel suo *Ordo iudiciarius*¹⁰ traendo l'interpretazione da una norma del Codice di Giustiniano [C. 2. 55 (56)] che si affiancava alle disposizioni contenute negli Statuti, che l'accossero con qualche temperamento, prevedendo l'impugnativa qualora si ravvisasse anche nel lodo dell'arbitro una manifesta iniquità e prevedendo in questi casi un mezzo di impugnazione straordinario, diverso dall'appello, come la *querela nullitatis* o la *restitutio in integrum*, attuato attraverso un procedimento speciale.

Anche contro una sentenza interlocutoria non era possibile l'appello, sulla base delle disposizioni contenute nel Digesto [D. 49. 5. 2] e si seguiva una costante tradizione del diritto romano che escludeva dal divieto di impugnazione preventiva soltanto quelle sentenze che potevano disporre della tortura dell'imputato¹¹. Di diverso avviso la dottrina del diritto canonico, che sin dall'inizio ammise l'appello per le sentenze interlocutorie, limitato soltanto nel corso del XVI secolo ai casi tassativamente previsti dalle norme.

Non era possibile impugnare le sentenze emanate da un tribunale supremo, da intendersi in tal senso il tribunale del principe, Imperatore o Papa, e successivamente venne vietato impugnare le decisioni dei Grandi Tribunali che assumevano il profilo di corti di ultimo grado.

Contro le sentenze relative a controversie di valore inferiore ad un minimo stabilito tassativamente dagli statuti comunali era vietato l'appello, così, ugualmente, non era possibile impugnare le sentenze che chiudevano un rito sommario previsto dalla legislazione locale in casi ben determinati.

Infine si vietava l'appello al contumace, anche se, come per le interlocutorie, intervenne la dottrina del diritto canonico a mitigare il divieto introducendo temperamenti ed eccezioni al rigore della norma e i giuristi del diritto comune, in parte accogliendo ed in parte respingendo le argomentazioni della canonistica, elaborarono teorie che tendevano ad attenuare le divergenze¹².

Nella tradizione del diritto comune era concesso l'appello non soltanto al soccombente, ma anche al terzo che avesse un interesse da tutelare o che avesse ricevuto un danno dalla sentenza.

⁹ P. FIORELLI, *Appello*, cit., p. 716; P. SELLA, *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*, Milano 1927, pp. 149ss.

¹⁰ F. C. BERGMANN, *Pilli, Tancredi, Gratiae, Libri de iudiciorum ordine*, Göttingen 1842 (rist. ana. Aalen 1965), pp. 4, 5, 14.

¹¹ P. FIORELLI, *Appello*, cit., p. 716.

¹² A. CAMPITELLI, *Contumacia civile. Prassi e dottrina nell'età intermedia*, Napoli 1979, p. 98 e ss.

Si poteva appellare a viva voce prima che il giudice si allontanasse dal luogo dove rendeva giustizia o per iscritto entro il termine di dieci giorni, seguendo le disposizioni di Giustiniano [Nov. 23. 1] e la tradizione costante della dottrina. In alcuni Statuti possiamo trovare termini più brevi o più lunghi: la prassi variava da un minimo di due o tre giorni dalla pronuncia della sentenza di primo grado sino ad un massimo di trenta o quaranta giorni. Dopo il XVI secolo scompare l'appello proposto oralmente, anche se viene ancora ricordato nelle esposizioni teoriche dalla dottrina o si conserva in forma alternativa allo scritto in alcune più antiche rubriche di statuti.

L'impugnazione si presentava al giudice *a quo*, che rilasciava i cosiddetti *apostoli* o *litterae dimissoriae* che attestavano l'appello interposto, rinviando con essi le parti al giudice superiore a cui rimetteva gli atti del processo. Poteva verificarsi che il giudice richiesto non accogliesse l'appello perché privo dei requisiti formali, ed in tal caso inviava al giudice superiore gli *apostoli refutatori* e la procedura si arrestava. La complessità di questi passaggi in realtà non era essenziale alla prosecuzione del giudizio di secondo grado. Nascendo da una ricostruzione più di ossequio alle formalità ricavate dalla procedura romana, e poco essenziali nella prassi già affermata, nella prima metà del XIII secolo Grazia d'Arezzo riferisce: "*Isti apostoli hodie raro dantur, nec si non petantur videtur obesse*"¹³, ed infatti non essendo indispensabili finirono con l'essere abbandonati del tutto.

Il rito del secondo processo non differiva da quello di primo grado¹⁴. In genere appaiono più brevi i termini per lo svolgimento degli atti processuali e vengono disposti limiti alla produzione di nuovi documenti ed alla allegazione di nuovi argomenti da proporre nel rinnovato dibattito processuale¹⁵.

Se queste limitazioni, prevalentemente introdotte dalla legislazione statutaria per opporsi alle lungaggini del procedere ed alla malizia delle parti, non valsero a molto, più efficace sembrò rivelarsi nella stagione più matura del diritto comune l'affermarsi del principio della "doppia conforme", secondo il quale non si ammettevano tanti appelli in relazione a quanti erano i gradi della giurisdizione a cui si poteva teoricamente ricorrere, ma si considerava non più appellabile ogni sentenza che ne avesse confermato un'altra: di conseguenza il numero degli appelli era limitato a due nella legislazione statutaria e a tre nella dottrina del diritto comune¹⁶.

¹³ *Summa de iudiciario ordine*, 3, 3; cfr.: P. FIORELLI, *Appello*, cit., p. 718.

¹⁴ P. SELLA, *Il procedimento civile*, cit., p. 157.

¹⁵ G. SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., III. 2, pp. 577 e ss.

¹⁶ P. SELLA, *Il procedimento civile*, cit., p. 162; P. FIORELLI, *Appello*, cit., p. 718.

L'appello era integrato dalla querela di nullità, riguardo alla quale i legislatori comunali stabilirono principi di particolare interesse.

Nei territori italiani non era sopita la tradizione del diritto romano che aveva chiaramente distinto la nozione di errori talmente gravi nella sentenza da precludere a tempo indefinito la sua efficacia, determinando una nullità che poteva essere rilevata, senza particolari rimedi, dalla situazione legata alla impugnativa per appello [D. 49. 8 e C. 7. 67]. Ed infatti, quando nella prima metà del XII secolo comparvero le prime consuetudini scritte, sin da allora appello e nullità vennero riconosciuti e distinti¹⁷.

Tuttavia, come dice il Calasso, si deve tener presente come alla nozione di sentenza nulla (*quae valere non debet*), già precocemente affermata nello Statuto di Genova del 1143 e nel *Constitutum legis* di Pisa del 1164 e via via ribadito negli statuti delle diverse regioni dell'Italia comunale, non corrispose immediatamente il bisogno di prevedere un particolare procedimento che tale nullità constataste diverso dal comune giudizio di appello e destinato alla riforma di una sentenza ingiusta¹⁸.

Questa diversificazione presupponeva l'analisi consapevole dei motivi di nullità che potevano viziare irrimediabilmente la sentenza, e poteva essere evidenziata soltanto dalla riflessione della dottrina, anche se le origini ed i primi spunti erano stati già suggeriti dalla prassi. Ed infatti la dottrina distinse ben presto una *querela iniquitatis* contro la sentenza viziata da errori di diritto che un giudizio d'appello avrebbe potuto correggere, da una *querela nullitatis* contro la sentenza viziata dall'inosservanza delle regole stesse della procedura, *errores in procedendo*, vizio che si rivelava ancora più grave dell'errata applicazione del diritto perché era addirittura inosservanza del diritto, e che, una volta riconosciuta in un nuovo giudizio dietro reclamo della parte, avrebbe portato all'annullamento della sentenza.

La prassi continuò a lungo a destinare una stessa magistratura "*ad cognoscendam causam appellationis et nullitatis*", ma la dottrina del diritto comune non poteva tardare ad affrontare il problema del diverso contenuto e della diversa finalità dei due giudizi di secondo grado.

Ne nacque la necessità di classificare i vari casi di *errores in procedendo*. Ancora nello *Speculum iudiciale* di Guglielmo Durante ne troviamo una elencazione elementare e analitica vicina alla tradizione dei Glossatori; gli errori sono raggruppati secondo due aspetti: dell'*ordo*, veri e propri vizi di

¹⁷ G. SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., III. 2, pp. 587ss.

¹⁸ F. CALASSO, *Corte di Cassazione (Diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, X (1962), p. 795.

procedura, e della *solemnitas*, vizi di forma, entrambi distinti da quelli che toccano la *substantia* del giudicato¹⁹.

E si può constatare che, a differenza del diritto romano, per il quale la sentenza *nulla* era tale *ipso iure*, cioè inesistente, senza che si rendesse necessaria una pronunzia del giudice in tal senso, questa era invece prevista nel diritto comune, in quanto il giudice di secondo grado doveva intervenire perché fosse riconosciuta *nullius momenti*, e quindi *cassata et irrita*, dichiarandone l'annullabilità.

Per questo, afferma il Calasso, fino alle soglie del Settecento appello e *querela nullitatis*, come rimedio straordinario, furono affidati allo stesso giudice.

Tracciato per sommi capi il profilo dell'istituto processuale che si pone alla base delle nostre considerazioni, ne abbiamo colto il carattere saliente che può oscillare tra la richiesta di un *novum iudicium*, secondo la tradizione romana del periodo classico, o come una *revisio prioris instantiae*, seguendo l'evoluzione dei singoli ordinamenti che hanno previsto un secondo grado di giudizio. In ogni caso il giudice d'appello potrà avere poteri maggiori o minori in relazione alla disciplina che si vorrà dare all'impugnazione.

La revisione del giudizio di primo grado è possibile nel momento in cui si stabilisce una subordinazione gerarchica del giudice di primo grado al giudice superiore e si presenta come il mezzo di gravame più usuale che tende al riesame della sentenza per correggere errori di giudizio commessi in prima istanza. In un momento successivo, valutando l'ipotesi che una sola istanza e una sola decisione non possano offrire sufficienti garanzie per ottenere una sentenza giusta, si consente alla parte di poter ottenere due decisioni sul rapporto controverso (principio del doppio grado) in modo che la decisione successiva si sovrapponga alla sentenza anteriore, anche se questa era perfettamente giusta ed immune da errori²⁰.

Ne scaturiva, principalmente come esigenza della prassi raccolta e analizzata dalla dottrina, la necessità di sostituire all'incertezza del diritto una qualsiasi certezza giuridica che ponesse fine alla lite. Tanto è vero che la preclusione delle impugnative dà luogo alla "*res iudicata*" in senso formale, secondo l'espressione del Calamandrei, e la "*res iudicata*" sostanziale potrà formarsi soltanto quando il contenuto della sentenza sia, per sé stesso, idoneo a formarla²¹.

¹⁹ GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale*, I, 2. 3, § 8, n. 25 (ed. Basileae 1574, rist. ana. Aalen 1975, f. 801).

²⁰ P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova 1930, I, p. 187.

²¹ P. CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, cit., p. 210.

La dottrina del diritto comune si impegnerà, dal Piacentino al Durante, da Bartolo e Baldo allo Scaccia e al De Luca, all'analisi di queste preclusioni e alla teorizzazione della "doppia conforme".

La disciplina dell'appello che le disposizioni giustinianee tramandavano ai giuristi del diritto comune appariva dunque sparsa e frammentaria, correlata alla medesima evoluzione dell'istituto processuale che tendeva ad assumere un diverso profilo dall'epoca classica (Digesto) alla successiva trasformazione della struttura dell'ordinamento giudiziario e del processo sino a Giustiniano (Codice e Novelle).

L'impossibilità di prevedere un terzo appello, secondo quanto disposto dalle fonti romane che i Glossatori interpretavano, porterà i giuristi a valutare in un primo momento i rapporti tra le due sentenze di primo e di secondo grado sulla base del risultato finale del giudicato. Quest'analisi è rintracciabile sin dalla Glossa: la *sedes materiae* sarà sempre la costituzione di Giustiniano del 528 "*ne liceat in una eademque causa tertio provocare...*" [C. 7. 70. l. un.]²² e possiamo trovare ancora tracce di dubbi e affermazioni contrastanti in Piacentino²³ e Azzone²⁴.

Nello *Speculum* di Guglielmo Durante si ripropone l'interrogativo in una lunga dissertazione²⁵ che prospetta la possibilità di introdurre, oltre le prime due sentenze di primo grado e di appello, una terza impugnazione, espressamente vietata dai testi normativi utilizzati nella tradizione del diritto comune [C. 7. 70, ma anche, indirettamente: Nov. 123. 21], cercandone una possibile giustificazione e gli eventuali limiti. Si deve sottolineare come tutta la problematica legata alla possibilità di ammettere un ulteriore gravame oltre l'appello avverso la sentenza di primo grado che stabilisca la soccombenza di una delle parti, e l'eventuale riforma di questa sentenza attraverso l'appello, comporta l'analisi delle due sentenze di primo e di secondo grado.

Il rapporto tra le due sentenze rileva dal momento in cui in secondo grado il giudice riformi la sentenza a favore della parte soccombente nel giudizio di primo grado, ma sollecita la naturale ricerca in sede processuale di poter ot-

²² Gl. '*retractari*' a C. 7. 70, l. un.: Si quis in quaecumque lite iterum provocaverit, non licebit ei tertio in eadem lite super iisdem capitulis provocatione uti, vel sententias excellentissimorum praefectorum pretorio retractare.

²³ PIACENTINO, *Summa Codicis*, 7, 72 '*Si quis*' (ed. Moguntiae 1536, rist. ana. Torino 1962, f. 362): Semel licet provocare, secundo quoque tertio minime. Absurdum enim foret et per quam durum quartam expectare sententiam.

²⁴ AZZONE, *Summa codicis*, 7, 70 '*Si quis*' (ed. Patavii 1506, rist. ana. Torino, 1966, p. 292).

²⁵ GUGLIELMO DURANTE, *Speculum*, cit., I, 2. 3, § 8 (ed. cit. f. 853).

tenere nel giudicato definitivo due sentenze coincidenti nelle loro soluzioni. Tale esigenza verrà risolta nella logica dei giuristi con la "doppia conforme", che troverà la sua espressione compiuta nella tarda costituzione "*In throno iustitiae*" di Pio IV²⁶, del 1561 (o 1563) e che può attuarsi attraverso una terza sentenza che viene pronunciata a seguito della impugnazione dell'una o dell'altra parte soccombente dopo un secondo appello.

Infatti così richiede costantemente la dottrina del diritto comune, affermando che è necessario ottenere una terza sentenza che si allinei in caso di contrasto alla decisione di una delle due sentenze già emesse. E' interessante a tale proposito ricordare un trattatello anonimo, esaminato dal Padoa Schioppa nelle sue ricerche sull'appello²⁷. Il testo, conservato in un manoscritto parigino la cui datazione dovrebbe collocarsi tra il XII e il XIII secolo, tra Giovanni Bassiano e Azzone, prevede una pena a carico del soggetto che, avendo ottenuto due sentenze concordanti a lui sfavorevoli, voglia ancora promuovere un'impugnazione per sollecitare un terzo riesame della materia litigiosa. Padoa Schioppa accenna ad una precoce "doppia conforme" prevista successivamente dalla canonistica²⁸. In realtà, anche se il dettato della Novella richiamata [Nov. 123. 21] è abbastanza chiaro, il caso adombrato nel testo legislativo è particolare, perché nella situazione configurata la posizione processuale deriva da due diversi ordini di giurisdizione. La prima sentenza è emessa dal vescovo e viene confermata dal giudice ordinario in secondo grado: soltanto se vi è conformità tra le due sentenze il soccombente non potrà più appellare. Sono in fondo le medesime motivazioni che possono desumersi indirettamente dai primi commenti della dottrina. Due sentenze conformi non consentono una terza impugnazione, le difformi possono essere ancora impugnate, al fine di ottenere attraverso la terza decisione due sentenze che si allineino secondo una medesima soluzione che possa consentire, nella seconda o terza sentenza, il formarsi del giudicato.

In Guglielmo Durante troviamo diffusamente esposte le argomentazioni e i dubbi sulla terza e su una quarta sentenza; ipotesi che comporterebbero problemi di non facile soluzione nel moltiplicarsi dei gravami, spingendo la definizione della lite oltre ogni ragionevole aspettativa per raggiungere in qualche modo la possibilità di avere due sentenze coincidenti nella soluzione

²⁶ A. SANTANGELO, *La giurisprudenza della Rota Romana nel secolo XIV*, Milano 2001, p. 31 n. 109. Si ricorda anche: N. DEL RE, *La curia romana. Lineamenti storico giuridici*, Roma 1970, p. 253.

²⁷ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., p. 188 n. 232.

²⁸ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., p. 184.

finale ed ottenere la "*res iudicata*"²⁹. Non diversamente, nell'ampio trattato di Sigismondo Scaccia, nel secolo XVII, che è forse il più ampio e il più importante sulla materia degli appelli, il *De appellationibus*, appunto, l'articolata e diffusa esposizione del giurista non si discosta dai temi già presenti nella riflessione giuridica del secolo XIII³⁰.

²⁹ GUGLIELMO DURANTE, *Speculum*, cit., loc. cit.

³⁰ SIGISMONDO SCACCIA, *Tractatus de Appellationibus*, Romae 1612, III, 2, *quaestio* 17, 1 (ed. cit., f. 425ss). Tutta la *quaestio* 17 è articolata esaminando le impugnative della sentenza, interessante per il nostro tema il n. 55 (ed. cit., f. 435) perché si ricordano anche opinioni di giuristi più o meno vicini allo Scaccia. Si può dire che esiste una sostanziale concordanza in materia anche in Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi nei commenti allo stesso passo del Codice [C. 7. 70. l. un.] che ripetono, con poche varianti, quanto era stato già enunciato dai giuristi che li avevano preceduti.

FRANCESCO SALERNO

Segretario del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica

La terza istanza nel processo ordinario canonico latino: diritto vigente e ius vetus (Note per una comparazione tra diritto canonico e diritto sammarinense).

Sommario: 1. *Premessa metodologica.* 2. *Appellabilità della sentenza, doppia sentenza conforme, res iudicata, nel Codex '17 e nel Codex '83.* 3. *La terza istanza fra le competenze del Tribunale della Rota Romana: dalla Lex propria Sacrae Romanae Rotae (1908) alle Normae Romanae Rotae Tribunalis (1994).* 4. *Prodromi nello ius vetus della vigente normativa in materia di terza istanza nel processo ordinario canonico?* 5. *Doppia sentenza conforme e terza istanza: spunti comparativi tra diritto canonico e diritto sammarinense.*

1. Premessa metodologica.

Per rendere più comprensibile l'esposizione del tema, è necessario premettere che esso deve essere collocato nel contesto del diritto processuale canonico latino, attese talune differenze circa la costituzione gerarchica dei tribunali nell'ordinamento canonico orientale. E si deve, altresì, precisare che il discorso riguarderà soltanto il processo ordinario con esclusione sia dei processi speciali (cann. 1671-1716 *Codex* '83), per i quali non si pone la problematica concernente la *res iudicata*, sia delle procedure nei ricorsi amministrativi (cann. 1723-1752 *Codex* '83, art. 123 cost. ap. *Pastor Bonus*), circa le quali valgono altre previsioni normative del tutto peculiari. In merito, si ricordano in particolare i processi speciali aventi per oggetto lo *stato personale*, nei quali è esclusa la *res iudicata*, pur valendo comunque in essi il principio della definitività del giudicato – ai fini della sua esecuzione – quando sono state emesse due sentenze conformi (cann. 1643, 1644 *Codex* '83), ed è previsto, in sostituzione del rimedio straordinario della *restitutio in integrum* l'istituto, della *nova causae propositio*: istituto che consente un

processo aperto a più istanze senza limiti di numero¹. Inoltre, si fa cenno alle procedure amministrative, il cui rito prevede momenti differenziati sotto il profilo gerarchico di merito e per quanto attiene al contenzioso di legittimità: si hanno, infatti, anche in tali procedure tre istanze, ma secondo una logica del tutto diversa dalle istanze del processo contenzioso ordinario e con molte affinità alle procedure ordinarie civili occidentali latine per le quali si danno due procedimenti di merito ed un terzo di legittimità².

2. *Appellabilità della sentenza, doppia sentenza conforme, res iudicata nel Codex '17 e nel Codex '83.*

La rubricazione del tit. XV, L. IV del *Codex '17 De re iudicata et de restitutione in integrum* fa ipotizzare, per la sua collocazione, che la normativa cui si riferisce costituisca un corollario del precedente tit. XIV rubricato *De iuris remediis contra sententiam*. In effetti, con riferimento alla definizione dell'appello come il rimedio ordinario contro la sentenza (cann. 1879-1891), il *Codex '17* individua il momento che consacra la esecutività della sentenza nella *res iudicata*, stabilendo nel can. 1904 il concetto di *res iudicata* ("§1 Res iudicata praesumptione iuris et de iure habetur vera et iusta nec impugnari directe potest. §2 Facit ius inter partes et dat exceptionem ad impediendam novam eiusdem causae introductionem"), e disponendo insieme che contro la sentenza passata in giudicato, oltre ai rimedi della *querela nullitatis* e della *oppositio tertii*, ordinati rispettivamente ad infirmare la validità del giudicato e ad impedirne l'esecuzione qualora leda i diritti del terzo, si dà

¹ Sul tema v. una breve sintesi storico-normativa in F. SALERNO, *Precedenti medievali del processo matrimoniale canonico*, in AA. VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, pp. 73 ss, 96 ss. e ID., *La doppia sentenza conforme nel processo matrimoniale canonico: ipotetici precedenti medievali*, in AA. VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Città del Vaticano 1997.

² Cfr. E. LABANDEIRA, *El objeto del recurso contencioso-administrativo en la Iglesia y los derechos subjetivos*, in *Ius Canonicum*, n. 40, 1980, p. 151 ss.; ID., *Tratado de Derecho Administrativo Canonico*, Pamplona 1988; AA. VV., *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano 1991 e in questo v. una rassegna bibliografica e giurisprudenziale nell'articolo di F. SALERNO, *Il giudizio presso la "Sectio Altera" del S.T. della Segnatura Apostolica*, p. 126 ss.; J.J. COUGHLIN, *The historical development and current procedural norms of administrative recourse to the Apostolic Signatura*, in *Periodica de re canonica*, 90, 2001, pp. 455 ss., 661 ss.; G.P. MONTINI, *I tribunali amministrativi locali*, ivi, 91, 2002, p. 313 ss.

soltanto il rimedio straordinario della *restitutio in integrum* ("§1 Adversus sententiam contra quam non suppetat ordinarium remedium appellationis aut querelae nullitatis, datur remedium extraordinarium restitutionis in integrum ... dummodo de evidenti iniustitia rei iudicatae manifesto constet.").

Identica annotazione si deve fare relativamente al contenuto del tit. IX del L. VII, p. II, *sectio I* del *Codex '83 De re iudicata et de restitutione in integrum* (cann. 1641-1648), letto in continuità con il precedente tit. VIII *De impugnazione sententiae* (cann. 1619-1640). Anche se la suddivisione delle norme è riportata secondo una più chiara rappresentazione, appare evidente che il profilo sistematico della logica normativa in materia è coincidente con quella del *Codex '17*.

Sulla base di questi rilievi, si può affermare che a tale logica normativa consegue che la *res iudicata* nel processo ordinario canonico ha connessione con il principale rimedio contro la sentenza, ossia alla impugnazione della stessa mediante lo strumento processuale dell'appello, la funzione del quale è evidenziata nell'ambito canonistico dai cann. 1879 *Codex '17* e 1628 *Codex '83*, che, in modo univoco, recitano "Pars quae aliqua sententia se gravatam putat ... ius (habet) appellandi ad iudicem superiorem ...". Invero, salve le eccezioni che – secondo la previsione dei successivi e rispettivi cann. 1880 e 1629 – escludono l'uso di questo rimedio, si deve dire che in concreto è proprio l'*appellabilità* della sentenza ad individuare in via ordinaria la configurazione e l'ambito della *res iudicata*, considerato che la stessa *appellabilità* trova il suo ordinario limite istituzionale nell'esistenza di una *duplice sentenza conforme*, in quanto questa preclude in linea di principio e secondo la scelta sistematica processuale canonistica l'uso di ulteriori appelli.

Questa deduzione ha un suo riscontro, soprattutto, nella citata logica della rappresentazione normativa in materia. Infatti, nella nuova rubrica del tit. VIII "De impugnazione sententiae", che sostituisce quella del precedente tit. XIV "De iuris remediis contra sententiam" *Codex '17*, viene premessa la disciplina della querela di nullità (cann. 1619 ss.) a quella dell'appello (cann. 1628 ss.) e al can. 1625 se ne prevede il cumulo (*Querela nullitatis proponi potest una cum appellatione, intra terminum ad appellationem statutum*), per dare opportunamente maggiore risalto alla preminenza dello strumento dell'appello su qualsiasi altro rimedio processuale contro la sentenza, perchè questa risulti essere legittima e giusta dal punto di vista sia sostanziale che formale: e ciò non diversamente da quanto già avveniva nello *ius vetus*³.

³ La norma "Non est locus appellationi ... 3° A sententia vitio nullitatis infecta" del can. 1880 *Codex '17* e l'altra "Non est locus appellationi ... 2° a sententia vitio nullitatis infecta, nisi cumuletur cum querela nullitatis ad normam can. 1625" del can. 1629 *Codex '83*", han-

Comunque, detta deduzione è di per sé evidente nel can. 1641 *Codex* '83, che con la sua formulazione completa il can. 1902 del *Codex* '17 quanto al duplice profilo definitorio e causidico della *res iudicata*.

In realtà, il can. 1641 che recita "Firmo praescripto can. 1643 (*Numquam transeunt in rem iudicatam causae de statu personarum, haud exceptis causis de coniugum separationis*), *res iudicata habetur*: 1° si duplex intercesserit inter easdem partes sententia conformis de eodem petito et ex eadem causa petendi; 2° si appellatio adversus sententiam non fuerit intra tempus utile proposita; 3° si, in gradu appellationis, instantia perempta sit vel eidem renuntiatum fuerit; 4° si lata sit sententia definitiva, a qua non datur appellatio ad normam can. 1629", deve essere letto in modo composito con tale ultimo canone: avendo presente che in esso, con l'elenco dei casi che escludono l'appellabilità del giudicato (*Non est locus appellationi*: 1° a sententia ipsius Summi Pontificis, vel Signaturae Apostolicae; 2° a sententia vitio nullitatis infecta nisi cumuletur cum querela nullitatis ad normam can. 1625; 3° a sententia quae in rem iudicatam transiit; 4° a iudicis decreto vel a sententia interlocutoria, quae non habeant vim sententiae definitivae, nisi cumuletur cum appellatione a sententia definitiva; 5° a sententia vel a decreto in causa de qua ius cavet expeditissime esse definiendam), si evidenziano in particolare, i due casi (2° e 3°), i quali in via ordinaria integrano ed enucleano il disposto del can. 1641 "Non est locus appellationi ... 2° a sententia vitio nullitatis infecta nisi cumuletur cum querela nullitatis ad normam can. 1625; 3° a sententia quae in rem iudicatam transiit", ponendo in risalto la logica che è sottesa alla normativa concernente il rapporto tra *appellabilità della sentenza*, *doppia sentenza conforme*, *res iudicata*. Ossia, si può ribadire che tale rapporto puntualizza l'iter nel processo ordinario canonico, il quale mediante l'appellabilità della sentenza consente la formazione di un duplice giudicato conforme su cui ha fondamento la *res iudicata*, momento terminale della fase di cognizione del medesimo processo: secondo la previsione del n. 1° del

no un loro remoto precedente in RICCARDO DE LACY (Anglicus), *Summa de Ordine Iudiciorum* § XXXVII - De appellationibus (ed. L. Wahrmund, p. 81) "Appellatio autem quandoque est necessaria, quandoque superflua, quandoque prohibita ... Superflua est, quando ipso iure sententia nulla est, ut supra tit. prox. statutis (C. VII, 44, 3)" e in EGIDIO DE FUSCARARIIS, *Ordo Iudiciorum* § LXXIV - Qualiter appellatur a definitiva sententia (ed. L. Wahrmund, p. 131 s.) "Habet ... appellans duas vias contra sententiam; unam videlicet nullitatis et de nullitate sententiae et viam iniquitatis sententiae poterit ostendere. In primo articulo pronuntiabitur nulla, non autem cassabitur, quia quod nullum est cassari non potest. Si vero reperiatur iniqua, tunc cassabitur pro eo quod erat aliqua, Extra, ut lite non contestata, c. accedens (X, II, 6, 2)".

can. 1641 si deve, quindi, ritenere automaticamente esclusa qualsiasi appellabilità dei due giudicati conformi, perché nel sistema canonistico da questi deriva l'esistenza giuridica della *res iudicata*.

Ma per la comprensione di questa peculiarità del processo ordinario canonico, occorre integrare la lettura della normativa citata precisando il modo attraverso il quale sia processualmente possibile giungere con lo strumento dell'appello alla *duplicata sentenza conforme* e, soprattutto, individuando quali siano i limiti numerici degli appelli utili allo scopo. Tutto questo si può rinvenire nello stesso sistema processuale canonico, analizzando l'apparato della normativa vigente alla luce delle scelte fatte in merito dal legislatore canonico e verificando se sia legittimo parlare di una loro continuità storica con lo *ius vetus*.

3. La terza istanza fra le competenze del Tribunale della Rota Romana.

Nella normativa vigente non troviamo una esplicita descrizione della via processuale per giungere alla *doppia sentenza conforme* di cui al n. 1° del can. 1641 *Codex* '83. E', perciò, necessario risalire alla redazione del *Codex* '17, della *Lex Propria S. Romanae Rotae* (1908) e delle *Regulae servandae in iudiciis apud S. Romanae Rotae Tribunal* (1910), per comprendere sia il rapporto tra *appellabilità della sentenza*, *doppia sentenza conforme*, *res iudicata*, sia il modo che consente di giungere gradatamente alla *doppia sentenza conforme*. In effetti, la normativa in materia dettata dal *Codex* '17 e ripetuta successivamente nel *Codex* '83 non è esposta in modo discorsivo.

Tuttavia una simile descrizione può essere ricostruita, componendo in successione logica i disposti dei canoni del *Codex* '83 - il cui testo è conforme ai precedenti canoni del *Codex* '17 - che riguardano: a) l'ordine gerarchico dei tribunali canonici (cann. 1419, 1438, 1443 s.), b) la funzione dell'appello (can. 1628), c) la *res iudicata* (can. 1641). Peraltro, una siffatta ricostruzione trova conferma nei documenti di archivio, recentemente pubblicati⁴, i quali attengono alla redazione del *Codex* '17 (1905-1910) e della *Lex propria della Rota Romana e della Segnatura Apostolica* (1908). La duplice vicenda redazionale, se letta con attenzione, offre, infatti, spunti per comprendere i limiti entro i quali nel dibattito redazionale si è voluto proporre un aggiornamento

⁴ Cfr. J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro "De Processibus" nella Codificazione del 1917*. Studi e Documenti, I, (Milano) 1999. Per l'uso della documentazione riportata e una sua valutazione cfr. ivi *Parte Prima* Studio introduttivo, pp. 17-228.

della materia in esame, che non fosse in antitesi, almeno sotto il profilo logico-sistemico, con il sistema processuale canonico dello *ius vetus*.

Nell'economia di queste note ed a conferma di quanto asserito, può servire la trascrizione di alcuni passi dei documenti citati, seguendo un ordine che permetta di comprendere come si sia pervenuti alla vigente normativa concernente la *terza istanza* e quale nesso la medesima normativa abbia con lo *ius vetus*. Allo scopo interessano: A) le proposte formulate per un adeguamento del processo canonico a quello civile; B) i progetti normativi in tema di *terza istanza*; C) il ripristino delle funzioni della Rota Romana mediante una *Lex propria*; D) le scelte legislative sulla *terza istanza* nel *Codex* '17 e nella normativa seguente; E) la *recognitio* nel *Codex* '83 e nei successivi aggiornamenti legislativi e regolamentari del precedente apparato normativo in tema di *terza istanza*.

A) *Proposte di adeguamento del processo canonico a quello civile*

Prima di riferire su quanto emerge dalla lettura documenti menzionati, si devono ricordare le annotazioni riportate nella citata pubblicazione sulla ipotesi di introdurre un nuovo sistema nell'ordine gerarchico dei tribunali canonici, tendente a rendere il sistema processuale canonico più vicino ai sistemi processuali civili occidentali.

a) "*Postulant Episcopi Hispaniae*: Duplici conformi sententia generatim negotium finiatur, facta tamen partibus potestate adeundi tribunal superius pro *cassatione*, eo modo quo in iure caesareo id contingere noscitur"⁵.

b) "Plurimi codices processus saeculares duo remedia ordinaria cognoscunt, contra sententias primae instantiae appellationem, contra sententias secundae instantiae *cassationem*, vel *revisionem* admittentes ... *Cassatio* est iuris remedium arctius, quod iudici superiori revisionem in facto detrahit, ita ut, quae iudex instantiae secundae vera putaverit, etiam iudex instantiae tertiae vera esse putare debeat. Cuius causa est studium negotia summi iudicis minuendi. Qua ex re haec limitatio placet pro iudiciis saecularibus ... Aliud autem in iurisdictione ecclesiastica esse puto. Non esset aptum iurisdictionem supremae instantiae ac praecipue Summi Pontificis taliter limitari. Placet igitur in iurisdictione ecclesiastica etiam contra sententias superioris instantiae admitti [...]"⁶.

⁵ *Ibidem*, p. 362, (Postulata Episcoporum 1905, Tit. XVI De appellationibus, n. 41).

⁶ *Ibidem*, p. 562 (Voto di Fisher 1907, Tit. XVI De appellatione et recursu ... *Praenotatio*).

c) "Cap. II *De Cassatione*: can. 269 [271] Recursu pro cassatione impugnari possunt, si adsint rationes infra indicatae. 1° Sententiae in quacumque instantia prolatae, quae quaestionem principalem decidunt saltem virtualiter, et sunt omnino definitivae, seu impeti nequeunt revocatione, oppositione aut appellatione. 2° Arbitrorum laudum. 3° Decisiones vel dispositiones extraiudiciales gravamen inferentes, et contra quas appellatio seu actio de gravamine detur; can. 270 [272] Adsunt rationes sufficientes ad petendam cassationem sententiae: 1° Si pars dispositiva contineat violationem aut falsam applicationem sacrorum canonum, substantium. Si lata fuerit a iudice incompetente. 3° Si in ea vel in alia parte processus omissa fuerit aliqua solemnitas essentialis, seu praescripta sub poena nullitatis. 4° Si sit contraria rei iudicatae. 5° Si per excessum, aut defectum aut omissionem non sit conformis definitivis partium petitionibus. 6° Si errori facti evidenti innitatur, aut dispositiones contradictorias contineat, aut alias iuri naturali aut divino aperte adversetur"⁷.

In realtà, queste ipotesi non ebbero seguito e si preferì la continuità con lo *ius vetus*, come si evince dalla decisione di Pio X di far predisporre un progetto di *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae* che, ripristinando i due Tribunali Apostolici, doveva rifarsi alla normativa canonica allora vigente ed al *Regolamento legislativo e giudiziario* promulgato da Gregorio XVI con il m.p. *Elevati appena* (10 novembre 1834)⁸. Secondo la decisione pontificia citata "Questo tribunale (la Rota Romana)... in Prima istanza giudicherebbe le cause ex delegatione, in Seconda quelle che sono della Diocesi di Roma, in Terza poi quelle che sono pervenute da tutto il mondo"⁹. Tale scelta è stata confermata dalla cost. ap. *Sapienti Consilio* (il 29 giugno 1909) di Pio X "Quum sacrae Romanae Rotae tribunal, anteactis temporibus omni laude cumulatum, hoc aevo variis de causis iudicare ferme destiterit, factum est ut sacrae Congregationes forensibus contentionibus nimium gravarentur. Huic incommodo ut occurratur, iis inhaerentes, quae a Decessoribus Nostris Xysto V, Innocentio XII et Pio VI sancita fuerunt, non

⁷ *Ibidem*, p. 604 s. (Voto di Noval 1908, Tit. XIII De impugnatione sententiae coram iudice superiore, Cap. II *De Cassatione*); v. ivi anche nt 7 "Essendo lo scopo principale della Cassazione impedire che prevalga una falsa interpretazione o intelligenza delle leggi, sembra conveniente estenderlo alla falsa applicazione estragiudiziale de' sacri canoni".

⁸ Cfr. in *Acta Gregorii Papae XVI* (ed. A. M. Bernasconi), vol. 4, Roma 1904, pp. 299-413.

⁹ Cfr. in J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro "Processibus"* ... cit, p. 1054 s. e nt (*) p. 1233.

solum iubemus per sacras Congregationes non amplius recipi nec agnosci 'causas contentiosas', tam civiles quam criminales, ordinem iudicarium 'cum processu et probationibus requirentes' ...; sed praeterea decernimus, ut causae omnes contentiosae non maiores, quae in Romana Curia aguntur, in posterum devolvantur ad sacrae Romanae Rotae tribunal, quod hisce litteris rursus in exercitium revocamus iuxta *Legem propriam*, quam in appendice praesenti Constitutionis ponimus, salvo tamen iure sacrarum Congregationum ..."¹⁰, e successivamente dalla normativa codiciale che trattando della terza istanza ne attribuiva la competenza alla Sacra Romana Rota.

B) *Progetti normativi in tema di terza istanza nel processo canonico ordinario.*

In merito ai rilievi fatti *sub A)*, interessa vedere come dagli schemi redazionali e dai progetti e voti dei Consultori, siano derivati il nuovo testo codiciale del '17 e quello della *Lex propria* circa la funzione rotale nella procedura concernente la terza istanza.

a) *Schemi del Liber Quintus: Pars Prima - De iudiciis in genere:*

(1) *Schema 1* (1907): Tit. *De constitutione tribunalium*: Cap. I *De tribunalibus primae instantiae* ..., Cap. II *De tribunalibus secundae instantiae* ...; Cap. III *De tribunalibus tertiae instantiae*, can. 12 [17] "In suprema instantia et pro toto orbe catholico iudex est Romanus Pontifex: qui ius dicere valet per seipsum, vel per tribunalia stabili modo ab ipso constituta, vel per suos delegatos"¹¹.

(2) *Schema 2* (1907): Tit. I *De tribunalibus eorumque constitutione*: Cap. I *De tribunalibus primae instantiae* ...; Cap. IX *De tribunalibus secundae instantiae* ...; Cap. X *De tribunalibus tertiae instantiae* can. 47 [60] "In suprema instantia et pro toto orbe catholico iudex est Romanus Pontifex: qui ius dicere valet per seipsum, vel per tribunalia stabili modo constituta, vel per suos delegatos"¹².

(3) *Schema 3* (1908) Tit. I *De tribunalibus eorumque constitutione*: Cap. I *De tribunalibus primae instantiae* ...; Cap. IX *De tribunalibus secundae instantiae* ... Cap. X *De Apostolicae Sedis tribunalibus* can. 45 [58] "In suprema instantia et pro toto orbe catholico iudex est Romanus Pontifex, qui ius dicere valet per seipsum, vel per tribunalia stabili modo ab ipso constituta, vel per suos delegatos"; can. 46 [59] Tribunal ordinarium a S. Sede constitutum est

¹⁰ Cfr. in *A.A.S.* I (1909), p. 15.

¹¹ Cfr. in J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro "De Processibus"* ... cit., p. 429.

¹² *Ibidem*, p. 459.

S. Rota Romana, quae 10 iudicibus nuncupatis Auditoribus constat a Romano Pontifice electis"; can. 52 [65] "§ 1 S. Rota, iudicat in prima instantia, causas omnes quas sive motu proprio, sive ad instantiam partium Romanus Pontifex ad suum tribunal advocavit, nisi ipse Romanus Pontifex aliquam ex his, alteri tribunal aut alicui e S. Romanis Congregationibus in particulari casu commiserit. § 2 Iudicat in secunda instantia, causas omnes quae a tribunali E.mi Urbis Vicarii in primo gradu diiudicatae fuerint, aliaque, quae ab aliis locorum Ordinariis in primo gradu cognitae, S. Pontifex vel instantibus partibus vel motu proprio ad suum advocaverit iudicium. § 3 Iudicat denique in tertia instantia causas omnes tum ab Ordinariis locorum tum a Superioribus generalibus Religiosorum latas quae ad S. Sedem deferuntur. § 4 Videt quoque de recursibus pro restitutione in integrum a sententiis quibuscumque, dummodo non rotalibus, quae transierint in rem iudicatam et in his iudicatum de forma, tum de merito"¹³.

(4) *Schema 4* (1909). Pars I. Tit. I *De tribunalibus ordinario primae instantiae* ... Tit. II *De tribunalibus ordinario secundae instantiae* ... Tit. III *De Apostolicae Sedis Tribunalibus* can. 1 [46] "In suprema instantia et pro toto orbe catholico iudex est Romanus Pontifex, qui ius dicere valet per seipsum, vel per tribunalia stabili modo ab ipso constituta, vel per iudices a se delegatos". Cap. I *De Sacra Romana Rota* can. 2 [47] "Tribunal ordinarium a S. Sede constitutum pro appellationibus recipiendis est S. Rota Romana, quae est tribunal collegiale certo Auditorum numero constans, cui praesidet Decanus, qui primus est inter pares"; can. 4 [49] "§ 1 Et quamvis sit appellationis tribunal, iudicat tamen in prima instantia causas sive motu proprio, sive ad instantiam partium Romanus Pontifex ad suum tribunal advocaverit et Sacrae Rotae commiserit; easque, si opus sit, ac nisi aliter cautum sit in commissionis rescripto iudicat quoque in secunda et tertia instantia ope turnorum qui sibi ad invicem succedunt iuxta *legem propriam* S. Rotae. § 2 Iudicat in secunda instantia causas quas a tribunali E.mi Urbis Vicarii et ab aliis Ordinariis tribunalibus in primo gradu diiudicatae fuerint et ad S. Sedem per appellationem legitimam deferuntur. Item, si opus sit, eas iudicat etiam in tertia et ulteriori instantias. § 3 Iudicat denique in ultima instantia causas ab Ordinariis et ab aliis quibusvis tribunalibus in secundo et ulteriori gradu iam cognitae quae in rem iudicatam non transierint et per legitimam appellationem ad S. Sedem deferuntur. § 4 Videt quoque de recursibus pro restitutione in integrum a sententiis quibusvis quae transierint in rem iudicatam et remedium invenire non possunt apud iudicem secundae instantiae iuxta titulum

¹³ *Ibidem*, p. 489 s.

De rest. in integr., dummodo non agatur de re iudicata ex sententia S. Rotae; et de istis iudicat tum de forma tum de merito”¹⁴.

b) *Progetti del Liber Quintus*: Pars Secunda - De iudiciis contentiosis in genere¹⁵.

(1) *Voto del consultore Fischer* (1907): Tit. XVI *De appellatione et recur-su* (querela simplici) (sive: *De remediis iuris ordinariis*) I. *De appellatione* § 1 [90] “Appellari potest contra omnem sententiam definitivam, quae non ex iurisdictione Summi Pontificis oritur, etiam contra sententiam notorie invalidam. Prohibetur appellari, si tres sententiae *adversae* prolatae sunt. Qui in termino sententiae editae praecedenti, ubi actum est, aberat, appellare non potest, sed restitutionem in integrum debet petere. Contra sententiam in integrum restitutionem negantem appellari potest. § 2 [91] Iudex appellationis est instantia proxima et immediata superior. Appellari per saltum prohibetur. A iudice delegato appellatur ad iudicem delegantem. § 3 [92] Appellari debet intra decendium fatale sententia tota parti communicata et hoc modo, quod iudici primae instantiae libellus appellationis offeratur. Libellus appellationis continere debet, in quantum sententiam immutari petitur. § 10 [99] Sententia non nisi in tantum immutari potest, in quantum petitum est. Appellatus autem omni tempore appellationi inhaerere et ipse immutationem petere potest...”¹⁶.

(2) *Voto del consultore Noval* (1908): Tit. X *De conclusione iudicii* ... Cap. II *De sententia et re iudicata* can. 214 [216] “§ 1 Sententia valida expresse acceptata vel quae intra decem dies post eius notificationem non fuerit per legitimam appellationem impugnata transit *ipso facto in rem iudicatam*. § 2 rei iudicatae tanta vis inest ut statim executioni subiiciatur, quae nonnisi obtenta restitutione in integrum retardari aut suspendi potest” Tit. XI *De ratione sententiae impugnandae in genere* ... Tit. XIII *De impugnatione sententiae coram iudice superiore*. Cap. I *De appellatione* can. 242 [244] “Appellare concessum est regulariter in omnibus causis, contra quascumque sententias et quibuslibet personis quae partem habuerunt in iudicio”; can. 244 [246] “Prohibetur appellatio a tertia sententia duabus praecedentibus conformis; a quacumque sententia pronunciata a S. Pontifice vel a Signatura Apostolica; et regulariter ab interlocutoriis quae quaestioni principali aut alias iuribus litigantis non praeiudicant irreparabiliter” ... Cap. II *De Cassatione* can. 269 [271]¹⁷.

¹⁴ *Ibidem*, p. 522.

¹⁵ *Ibidem*, p. 153 ss., p. 535 ss.

¹⁶ *Ibidem*, p. 563 s.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 597, 598, 604 ss.

(3) *Voto del consultore Many* (1908): Tit. XVII *De appellationibus*. Cap. I *Contra quas sententias, quis, a quo, ad quem, appellari possit* can. 189 “Contra sententiam datur appellatio ad iudicem superiorem, nisi iure prohibita sit”; can. 190 “Iure prohibetur appellatio: 1° Contra sententiam in secundam instantiam prolatam quae sit conformis sententiae primae instantiae, nisi aliter in casu speciali cautum sit; 2° Contra sententiam in tertia instantia prolatam, quaecumque est (*Reg. Greg.*, § 271. Iure vigente, *ex cap. Sua nobis*, 65, *de appellationibus*, prohibitum est appellare a tertia sententia, quando tres sunt conformes, non vero quando sunt diffformes); 3° Contra sententiam prolatam in causa minori momenti; 4° Contra sententiam prolatam a iudice Romano Pontifice delegato, cui causa commissa est cum clausula: *appellatione remota*; 5° Contra sententiam iuramento litis decisorio innixam; 6° Contra sententiam interlocutoriam, nisi habeat definitivae, aut nisi gravamen per eam inducta per sententiam definitivam reparari nequeat” ...; can. 197 “§ 2 Contra sententiam a S. Romana Rota prolatam, non appellatur aut recurritur, nisi in quantum cautum est can. [cfr. *Many* 1908, cann. 226-229]; Cap. III *De processu in causa appellationis* ... Art. III *De appellatione ad S. Rotam Romanam* ...”¹⁸.

c) *Schema 1909* (Primo Schema unitario [Parte Prima e Seconda] predisposto per il Congresso dei Cardinali del 1910) Pars I *De Tribunalium Ecclesiasticorum Ordinatione* ... Tit. IV *De Apostolicae Sedis Tribunalibus* ... Cap. I *De Sacra Romana Rota*, can. 3 [70] “§ 1 Tribunal ordinarium a S. Sede constitutum pro appellationibus recipiendis est S. Rota Romana, quae est tribunal collegiale certo Auditorum numero constans, cui praesidet Decanus, qui primus est inter pares; § 2 Regitur autem dispositionibus latis in constitutione *Sapienti Consilio* et in *Lege propria* diei 29 Iunii 1908”; can. 5 [72] “§ 1 Et quamvis sit appellationis tribunal, iudicat tamen in prima instantia causas quas sive motu proprio, sive ad instantiam partium Romanus Pontifex ad suum tribunal avocaverit et Sacrae Rotae commiserit; easque, si opus sit, ac nisi aliter cautum sit in commissionis rescripto iudicat quoque in secunda et tertia instantia, ope turnorum qui sibi ad invicem succedunt iuxta *legem propriam* S. Rotae. § 2 Iudicat in secunda instantia causas quas a tribunali E.mi Urbis Vicarii et ab aliis Ordinariorum tribunalibus in primo gradu diiudicatae fuerint et ad S. Sedem per appellationem legitimam deferuntur. Item si opus sit, eas iudicat etiam in tertia et ulteriori instantia. § 3 Iudicat denique in ultima instantia causas ab ordinariis et ab aliis quibusvis tribunalibus in secun-

¹⁸ *Ibidem*, pp. 649 ss. (e ivi v. anche nt 170), 657 ss.

et ulteriori gradu iam cognitae quae in rem iudicatam non transierint vel per legitimam appellationem ad S. Sedem deferuntur. § 4 Videt quoque de recursibus pro restitutione in integrum a sententiis quibusvis quae transierint in rem iudicatam et remedium invenire non possunt apud iudicem secundae instantiae iuxta titulum *De rest. in integr.*; dummodo tamen non agatur de re iudicata ex sententia S. Rotae; et de istis iudicatur de forma tum de merito. Pars II *De processu iudiciario in generali* ... Tit. XX *De appellatione* can. 1[459] "1 ... Pars quae se gravatam sentit ab aliqua sententia, itemque promotor iustitiae et defensor vinculi in causis in quibus interfuerunt aut interesse debebant, imo et tertia persona iuxta regulas positas in tit. XXI *de opposit. tertii*, ius habent provocandi ab inferiore ad superiorem iudicem, hoc est a sententia appellandi, nisi iure prohibitum sit"; can. 2 [460] Iure autem prohibitum est appellare 1° a sententia interlocutoria, nisi cumulative fiat cum definitiva, ut in tit. *de causis incid.* [405] statutum est; 2° a definitiva quae iuramento litis decisorio innixa est; a sententia quae in rem iudicatam transiit, iuxta normas in tit. seq. XXII positas; 4° a sententia lata in causa pro qua ius caret expeditissimo et inappellabili iudicio rem esse definiendam, ut in casu spoli; can. 3 [461] "Denegatur quoque appellatio 1° illi qui in scriptis formaliter appellationi renuntiavit; 2° contumaci, qui ... a contumacia se non purgaverit; can. 4 [462] "Locus denique appellationi non est 1° a sententia iudicis qui a S. Sede delegatus est ad videntem causam cum clausola '*appellatione remota*' 2° a Sententia Signaturae Apostolicae vel ipsius Summi Pontificis" ... Tit. XXII *De re iudicata* can. 1 [488] "§ 1 Duplici sententia conformi habetur res iudicata. § 2 Ad effectum rei iudicatae sufficit etiam decretum, quo appellatio a parte interiecta, a iudice seu a tribunali appellationis qua futilis vel vexatoria repulsa sit: quod quidem decretum ad effectum rei iudicatae sententia confirmatoriae aequivalet. § 3 Rem iudicatam quoque constituit sententia intra utile tempus non appellata; aut quamvis appellata coram iudice a quo, deserta coram iudicem ad quem, iuxta regulas can. 8 et 9 [466 e 467] tit. XX *praeed.* § 3 [4] Sententia, etiam unica, iuramento tamen litis decisorio innixa, et ea quae lata est in causis pro quibus ius caret expeditissimo et inappellabili iudicio rem esse definiendam, rem iudicatam pariter constituit. § 4 [5] Item quoties pars in scriptis formaliter appellationi renunciat, sententia etiam unica in rem iudicata transit. § 5 [6] Denique res iudicata habetur ex sententia etiam unica contra contumacem lata, quoties hic serius interveniens se a sua contumacia purgare non valuit"; can. 2 [489] "Ut autem sententiam, sive duplex, sive unica, in rem iudicatam transire possit, requiritur ut vitio nullitatis non sit infecta, aut saltem ut nullitatis querela haud amplius impugnari queat";

can. 4 [491] "§ 1 Res iudicata fruitur praesumptione iuris et de iure, quod vera et iusta sit: ideoque impugnari directe non potest, sed pro veritate habetur. § 2 Dat actionem ad expetendam executionem; et vicissim exceptionem ad impediendam eiusdem causae introductionem" ¹⁹.

d) *Commissione dei Consultori* (1907-1910): Tit. I *De constitutione tribunalium* [continuazione] "Pacelli propone di mettere al principio un canone redatto nel modo seguente: can. 7 'Integrum est omnibus Christi fidelibus et pro toto orbe catholico in quovis causae gradu Romanum Pontificem, adire pro agnoscenda et definienda controversia vel crimine, in quo casu Tribunalibus sanctae Sedis, in statu et terminis, subiecti intelliguntur'; can. 8 'In iudiciis Romano Pontifici reservatis, nullus iudex de his cognoscere potest etiam incidenter sine expresso et speciali mandato Sanctae Sedis'. M. De Lai risponde che questa proposta è in sé bonissima ma però risponde più a uno Stato che alla Chiesa universale, nella quale per la difficoltà delle distanze e dell'idioma la Curia Romana sarebbe sempre costretta a mandare il processo sul luogo. Vede molto bene la difficoltà che è nella questione dell'appello ... P. Many propone ... '... 1. Si causa in prima instantia iudicetur in Sede metropolitana, pro secunda instantia adeatur Sedes metropolitana vicinior, vicinitas autem mensuratur de ecclesia cathedrali ad ecclesiam cathedralem. 2. Si sedes metropolitana vicinior alii Principi in temporalibus sit subiecta, omitatur, et adeatur alia metropolitana vicinior in eodem regno, in quo sita est metropolitana Sedes, a qua fit appellatio. 3. Si in aliquo regno non sit nisi una Sedes metropolitana, tum metropolitanus instat apud Romanum Pontificem ut hic designet in prefato regno aliquam Sedem episcopalem, ad quam deferri debeant appellationes. 4. In tertia et suprema instantia causa deferatur ad Sanctam Sedem. 5. In regionibus, in quibus viget institutio Primatus, cum iure appellationis a sententiis Metropolitanorum, causa deferatur ad Sanctam Sedem' ... " ²⁰ ... Tit. I [De constitutione tribunalium. Cap. I De tribunali primae instantiae ... Cap. II De tribunali secundae instantiae ...] Cap. III De tribunali tertiae instantiae ... M. Lega domanda che cosa si farà dei tribunali dei primati. M. De Lai risponde che fino adesso non è sicuro ancora come il Papa deciderà. Ai nostri tempi solamente il Primate d'Ungheria ha un tribunale della 3 istanza, e questo fu introdotto per facilitare la procedura essendo

¹⁹ *Ibidem*, pp. 767 s., 831 ss., 835 s.

²⁰ *Ibidem*, p. 937 s. e v. ivi le osservazioni di Many pp. 1007-1009 e quelle di Ogetti pp. 1009-1012 relative all'ordine gerarchico dei tribunali ed in riferimento alle statuizioni del Concilio di Trento in tema di potere primaziale pontificio (c. 20 sess. XXIV de reform.).

sempre molto difficile di trovare dei traduttori Ungheresi. M. Lega osserva che è molto difficile di abolire queste consuetudini. M. De Lai però risponde che di fatto le prerogative dei primati sono abolite, soltanto resta ancora l'Ungheria che lo ha conservato, e anche là il Primate agisce come delegato della S. Sede. Aggiunge poi che è meglio di lasciare questa materia a più tardi quando si parlerà della 3 istanza. Pacelli vorrebbe affrettare la decisione su questo oggetto, perché dalla costituzione della 3 istanza dipende molto tutta la procedura²¹.

C) *Ripristino delle funzioni della Romana Rota e sua Lex propria.*

Nella riunione dei Consultori tenutasi il 24 novembre 1907 e proprio nel contesto della problematica relativa alla terza istanza, dalla quale - come affermato dal Pacelli nel suo parere ora riportato - "dipende(va) tutta la procedura" che si stava predisponendo, veniva comunicata la decisione pontificia di predisporre una "Lex propria Rotae et Signaturae". Questa decisione aveva, peraltro, la sua giustificazione nella citata cost. ap. *Sapienti Consilio* data da Pio X il 29 giugno 1908²², con la quale si statuiva il ripristino dei due Tribunali Apostolici dopo la cessazione delle loro funzioni, dovuta alla *debellatio* dello Stato Pontificio nel 1870²³.

a) *Decisione pontificia* (Consulta del 24 novembre 1907) "M. De Lai comunica che il S. Padre ha affidato alla consulta di stabilire le norme per la riforma del tribunale Supremo della ... Questo tribunale (della Rota) si deve comporre, secondo il parere del S. Padre di dieci membri. In Prima istanza giudicherebbe le cause ex delegazione, in Seconda quelle che sono della diocesi di Roma, in Terza poi quelle che sono pervenute da tutto il mondo. Il tribunale giudicherebbe in modo che fossero fatti tre turni, uno di tre giudici, l'altro di altri tre giudici e il terzo plenario col decano. Per la competenza dei tribunali e delle congregazioni, sarà composta una congregazione cardinalizia speciale. Pacelli, P. Ojetti e P. Noval vengono incaricati di preparare dei progetti sulla suddetta materia"²⁴.

²¹ *Ibidem*, pp. 1012 ss., 1018.

²² V. *supra* nt 10.

²³ Cfr. F. SALERNO, *Problemi costituzionali nelle vicende storiche della Curia Romana*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Serie III, X (1959-1962), pp. 334, 344 s., 357. V. in J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro "De processibus" ... cit.*, p. 1054 s., 1091 ss., 1233 ss. e nt (*) p. 1233.

²⁴ *Ibidem*, p. 1054 s.

b) *Progetti della Lex propria*. Nella Consulta del 24 giugno 1908 [Many Tit. XVIII *De appellationibus* ... Cap. I *Contra quas sententias, quis, a quo, ad quem, appellare possit*] si è affrontato l'argomento della terza istanza come proposto nel Voto di P. Many (can. 190) e sopra riferito²⁵, ed in merito si legge "Can. 190 [Many] P. Noval vorrebbe sempre conservare la terza istanza. Tutti gli altri consultori però sono contrari. Al n. 2 (*Iure prohibetur appellatio ... 2° Contra sententiam in tertia instantia prolatam, quaecumque est* [desunto dal *Reg. Greg.* § 271 ... *prohibitum est appellare a tertia sententia, quando tres sententiae sunt conformes, non vero quando sunt diffformes*]) M. Lega trova che questa norma è molto grave e desidererebbe 'saltem duae sententiae conformes' P. Noval e M. Martini sono dello stesso parere"²⁶. E', quindi, in questo contesto che si collocano i progetti della *Lex propria* ed è con riferimento al medesimo contesto che si trascrivono le norme riguardanti la disciplina proposta negli stessi progetti, limitando però l'attenzione solo a ciò che riguarda la S. Romana Rota come tribunale di terza istanza.

Poiché l'oggetto della *Lex propria* è stato presentato con il titolo *De supremo iudicii gradu apud S. Sedem* ed è stata divisa in quattro sezioni riguardanti le prime due il profilo istituzionale dei tribunali della S. Romana Rota e della Segnatura Apostolica, le altre due le regole processuali da seguire rispettivamente in entrambi ed atteso che dei progetti affidati al Pacelli, al P. Ojetti ed al P. Noval, sono stati scelti quelli predisposti dal P. Ojetti e dal Pacelli²⁷ si riportano i canoni della *Sectio I* e della *Sectio III*, nei limiti della loro attinenza al profilo funzionale della S. Romana Rota come tribunale di terza istanza.

(1) *Sectio I a Canones Constitutivi S. Rotae.*

- *Progetto Ojetti*: can. 1 [1] "§ 1 Romanus Pontifex ius dicit ante omnia per tribunal S. Rotae Romanae ..."; can. 3 [3] "§ 1 Huius tribunalis competentia sequentibus regulis regitur. 1° Ad ipsum pertinent causae omnes sive contentiosae sive criminales, quae ad tribunal Romani Pontificis in tertia instantia diiudicandae deferuntur ..." ²⁸.

- *Progetto Pacelli*: can 4 [1-a] "In secunda instantia, si agatur de causis ab Em.mo Urbis Vicario in primo gradu cognitis; in tertio vero, si locum habeat, pro toto orbe catholico ius dicit sacrum Rotae tribunal hodie restitutum"²⁹.

²⁵ V. *supra* nt 18.

²⁶ V. in J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro "De Processibus" ... cit.*, p. 1164.

²⁷ *Ibidem*, p. 1234 nt (*).

²⁸ *Ibidem*, pp. 1233, 1234.

²⁹ *Ibidem*, p. 1234.

(2) - *Sectio III.a Regulae processuales S. Rotae.*

- *Progetto Ojetti*: can. 21 [8] “§ 1 Post datam decisionem rotalem, quae partibus statim communicanda est, pars, cui decisio non favet, intra decem dies a facta communicatione potest novam sui defensionem tribunali offerre, et ab eo novam audientiam expetere. § 2 Nova audientia concessa, causa denuo discutitur coram iisdem iudicibus. § 3 Post duas audientias, si iterum causa discutienda videatur, et agatur de causa, quae apud Rotam in tertia instantia pertractatur, hoc a plenario Rotae tribunali fiat, cuius decisio nullam amplius admittit appellationem aut reformationem; si vero agatur de causa, quae pertractatur in prima aut secunda instantia, tertia audientia non conceditur, sed causa videnda est ab alio Auditorum turno, apud quos binae etiam audientiae dantur, relicta tertia audientia universo auditorum collegio”³⁰.

- *Progetto Pacelli*: can. 25 [2-a] “Quoad modum procedendi coram hoc Sacro tribunali servanda est antiqua praxis rotalis, nec non ea omnia, quae sancita reperiuntur in paragraphis 1029 ad 1044 *Motus proprii* Gregoriani, evulgati die decima Novembris millesimi octingentesimi trigesimi quarti, qui in hoc canone, quoad Rotam attinet, de verbo ad verbum repetiti censentur”³¹.

c) *Testo definitivo della Lex propria e delle Regulae Servandae*. Pio X nella cost. ap. *Sapienti Consilio* stabiliva “... decernimus, ut causae omnes contentiosae non maiores, quae in Romana Curia aguntur, in posterum devolvantur ad sacrae Romanae Rotae tribunal, quod hisce litteris rursus in exercitium revocamus iuxta *Legem propriam*, quam in appendice praesentis Constitutionis ponimus ...”³². Per verificare il risultato delle discussioni su riferite è utile riportare i cann. 14 e 33 del testo definitivo di detta *Lex propria*, integrandolo con il testo delle *Regulae Servandae in iudiciis apud S. Romanae Rotae tribunal* approvate in modo definitivo da Pio X *ex Rescripto Audientiae* del 2 agosto 1910³³. Detti testi sono successivamente confluiti nel *Codex* '17 e sono stati poi aggiornati, a motivo delle novità costituzionali introdotte nella Curia Romana nel 1967 e nel 1988 e di quelle codicili del 1983.

³⁰ *Ibidem*, p. 1237.

³¹ *Ibidem*, p. 1238.

³² Cfr. in *A.A.S.*, 1 (1909), p. 15 n. 2°.

³³ Cfr. in *A.A.S.*, 1, (1909) p. 20 ss. e ivi 2 (1910), p. 783 ss.

(1) - *Lex propria*³⁴.

Tit. I Cap. II *De competentia sacrae romanae rotae*: can. 14 “§ 1 Sacra Rota iudicat in prima instantia causas, quas sive motu proprio, sive ad instantiam partium Romanus Pontifex ad suum advocaverit, et sacrae Rotae commiserit; easque, si opus sit, ac nisi aliter cautum sit in commissionis rescripto, iudicat quoque in secunda et in tertia instantia, ope turnorum subsequentium iuxta praescripta *can. 12*. § 2 Iudicat in secunda instantia causas quae a tribunali E.mi Urbis Vicarii et ab aliis Ordinariis tribunalibus in primo gradu diiudicatae fuerint, et ad Sanctam Sedem per appellationem legitimam deferuntur. Itemque eas iudicat, si opus sit, etiam in tertia iuxta modum in *can. 12* praescriptum. § 3 Iudicat denique in ultima instantia causas ab Ordinariis et ab aliis quibusvis tribunalibus in secundo vel ulteriori gradu iam cognitae, quae in rem iudicatam non transierint, et per legitimam appellationem ad Sanctam Sedem deferuntur. § 4 Videt quoque de recursibus pro restitutione in integrum a sententiis quibusvis, quae transierint in rem iudicatam et remedium invenire non possunt apud iudicem secundae instantiae iuxta titulum *De rest. in integr.*; dummodo tamen non agatur de re iudicata ex sententia sacrae Romanae Rotae et in his iudicat tum de forma, tum de merito”.

Tit. I Cap. III *De modo iudicandi sacrae romanae rotae*: can. 33 “§ 1 Si sententia rotalis confirmatoria sit alterius sententiae sive rotalis sive alius tribunalis, habetur res iudicata, contra quam nullum datur remedium nisi per querelam nullitatis, vel per petitionem restitutionis in integrum coram Supremo Apostolicae Signaturae tribunali. § 2 Si duplex sententia conformis non habeatur, a sententia rotali ab uno turno lata datur appellatio ad turnum proxime sequentem iuxta *can. 12*, intra tempus utile dierum decem ab intimatione sententiae, ad tramitem iuris communis”.

(2) - *Regulae servandae*³⁵.

Tit. IX *De appellatione a sententiis aut a Decretis rotalibus*: § 224 “1. A sententia rotali definitiva, quae non sit sententiae a S. Rota aut ab altero tribunali editae conformis ideoque non sit eiusdem confirmatoria, potest fieri appellatio ad turnum proxime sequentem, ad normam canonum 12 et 33 (*Lex propria*). 2. Appellationes a sententiis *incidentalibus* seu *interlocutoriis* propositae, ab eodem turno cognoscendae sunt qui sententias protulit. 3. Prolata sententia definitiva, appellatio interposita circa sententiam incidentalem in definitiva decisam, deferitur ad proxime subsequentem turnum,

³⁴ Cfr. in *A.A.S.*, 1 (1909), p. 20 ss.

³⁵ Cfr. in *A.A.S.*, 2 (1910), p. 783 ss.

uti in praecedenti n. 1"; § 225 "Si sententia plura capita aut dubia complectatur, et quoad nonnulla sit confirmatoria, quoad alia sit revocatoria, appellatio non conceditur pro ea parte, quae iam fuerit duabus conformibus sententiis iudicata, excepto casu quod una pars cum alia sit connexa eidemque accessoria".

D) *Scelte legislative sulla terza istanza nel Codex '17 e nella normativa seguente.*

La normativa riportata in C) è confluita nel Codex '17 e nelle successive *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis* del 1934 ed ha trovato conferma nella cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae* con la quale Paolo VI ha riformato nel 1967 la Curia Romana, in alcuni aggiornamenti contenuti nelle *Nuove Norme del Tribunale della S. Romana Rota* (1969) e nelle *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis* (1982). Si riportano dette normative sempre per una verifica in riferimento alla competenza del tribunale rotale finora presentata.

a) *Codex '17*: Nel L. IV *De processibus*. Pars Prima *De iudiciis*. Sectio I *De iudiciis in genere*, sotto il Tit. II *De variis tribunalium gradibus et speciebus*, dopo il Cap. I *De tribunali ordinario primae instantiae* ed il Cap. II *De tribunali ordinario secundae instantiae*, nel Cap. III *De ordinariis Apostolicae Sedis tribunalibus*, che è da collegare con il Tit. I *De foro competenti* (cann. 1556-1558), all'art. I *De Sacra Romana Rota* il can. 1598 al § 1 recita "Tribunal ordinarium a Sancta Sede constitutum pro appellationibus recipiendis est Sacra Rota Romana, quae est tribunal collegiale constans certo Auditorum numero cui praesidet Decanus, qui primus est inter pares" ed il can. 1599 precisa "§1 Sacra Rota iudicat: 1° In secundae instantiae causas quae a quorumvis Ordinariis tribunalibus in primo gradu diiudicatae fuerint et ad Sanctam Sedem per appellationem legitimam deferantur; 2° In ultima instantia causas ab ipsa Sacra Rota et ab aliis quibusvis tribunalibus in secunda vel ulteriore instantia iam cognitae, quae in rem iudicatam non transierint. §2 Hoc tribunal iudicat etiam in prima instantia causas de quibus in can. 1557, § 2 aliasve quas Romanus Pontifex sive motu proprio, sive ad instantiam partium ad suum tribunal advocaverit et Sacrae Rotae commiserit; easque, nisi aliud cautum sit in commissione rescripto, Sacra Rota iudicat quoque in secunda et tertia instantia ope turnorum qui sibi invicem succedunt".

b) *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis* (29 giugno 1934) ³⁶ Tit. III *De*

³⁶ 36. Cfr. in *A.A.S.*, 26 (1934), p. 449 ss.

ordine iudiciario S. R. Rotae, Cap. VII *De appellationibus*: art. 161 "Si sententia plura capita seu dubia complectatur, et quoad nonnulla sit confirmatoria, quoad alia sit revocatoria, appellatio non conceditur pro ea parte, quae iam fuerit duabus conformibus sententiis iudicata, nisi una pars cum alia sit connexa eique accessoria"; art. 162 "Si iudices Turni a quo fit appellatio insoluta reliquerint quaedam ex propositis dubiis, appellatio fit tantum a dubiis decisis. Proponi tamen poterunt in iudicio appellationis etiam dubia non decisa, si haec connexionem cum decisis habeant eisdeque sint accessoria".

c) *Cost. ap. Regimini Ecclesiae Universae* di Paolo VI (15 agosto 1967) ³⁷ VI *Tribunalia*, Cap. II *Sacra Romana Rota*: n. 109 "Firmis manentibus praescriptis Codicis iuris canonici, competentia Sacrae Romanae Rotae in causis nullitatis ad Sedem Apostolicam rite delatis, extenditur etiam ad causas inter partem catholicam et achatolicam, vel inter partes acatholicas, sive ad latinum, sive ad orientales ritus alterutra, vel utraque pars baptizata pertineat, remissis tamen quaestionibus doctrinalibus, Fidem attingentibus, Congregationi pro Doctrina Fidei, ad normam nn. 29 et 31 huius Constitutionis"; n. 110 "Sacra Romana Rota suis regitur normis". Si riportano i testi trascritti unicamente per confermare la continuità normativa sopra riferita e che di fatto non ha subito innovazioni anche successivamente, per quanto attiene all'argomento della terza istanza nel processo canonico, come si può riscontrare nella normativa che di seguito viene citata.

d) *Nuove Norme del Tribunale della S. Romana Rota* (27 maggio 1969) ³⁸. Tit III *Procedura*. Art. 40 "Fino a che non saranno rivedute ed armonizzate al futuro nuovo Codice di Diritto Canonico, si applicano le *Normae S. R. Rotae Tribunalis*, Tit. III *De ordine iudiciario*, articoli 59-185".

E) *Recognitio nel Codex '83 e nei successivi aggiornamenti costituzionali e normativi della precedente disciplina della terza istanza.*

Le novità codicali del 1983 non hanno mutato la configurazione istituzionale della Rota Romana ed hanno confermato la sua collocazione gerarchica nel processo canonico e la sua funzione. E questo risulta dagli aggiornamenti apportati nella successiva cost. ap. *Pastor Bonus* del 1988 di Giovanni Paolo II e nelle recenti nuove Norme rotali pubblicate nel 1994.

³⁷ Cfr. in *A.A.S.*, 59, (1967), p. 922.

³⁸ Edite dalla Tipografia Poliglotta Vaticana 1969.

a) *Codex* '83. Circa la collocazione gerarchica della Rota Romana sono ribadite nel can. 1405 § 3 le norme del can. 1557 *Codex* '17 con alcune precisazioni che ne danno una migliore evidenza. Mentre acquista conferma la sua funzione istituzionale, di cui ai cann. 1598 e 1599 del *Codex* '17, nei disposti dei nuovi cann. 1443 e 1444. Can. 1443 "Tribunal ordinarium a Romano Pontifice constitutum appellationis recipiendis est Rota Romana"; can. 1444 "§ 1 Rota Romana iudicat: 1° in secunda instantia, causas quae ab ordinariis tribunalibus primae instantiae diiudicatae fuerint et ad Sanctam Sedem per appellationem legitimam deferantur; 2° in tertia vel ulteriori instantia, causas ab ipsa Rota Romana et ab aliis quibusvis tribunalibus iam cognitae, nisi res iudicata habeatur. § 2 Hoc tribunal iudicat etiam in prima instantia causas de quibus in can. 1405 § 3, aliasve quas Romanus Pontifex sive motu proprio, sive ad instantiam partium ad suum tribunal advocaverit et Rotae Romanae commiserit; easque, nisi aliud cautum sit in commissi muneris rescripto, ipsa Rota iudicat etiam in secunda et ulteriore instantia".

b) *Cost. ap. Pastor Bonus* di Giovanni Paolo II (28 giugno 1988) ³⁹. *Tribunal Rotae Romanae*: Art. 126 "Hoc Tribunal instantiae superioris partes apud Apostolicam Sedem pro more in gradu appellationis agit ad iura in Ecclesia tutanda, unitati iurisprudentiali consulit et, per proprias sententias, tribunalibus inferioribus auxilio est"; Art. 128 "Hoc Tribunal iudicat: 1° in secunda instantia, causas ab ordinariis tribunalibus primae instantiae diiudicandas, quae ad Sanctam Sedem per appellationem legitimam deferuntur; 2° in tertia vel ulteriore instantia, causas ab eodem Tribunale Apostolico et ab aliis quibusvis tribunalibus iam cognitae, nisi in rem iudicatam transierint"; Art. 129 "§ 1 Idem vero in prima instantia iudicat: 1° Episcopos in contentiosis, modo ne agatur de iuribus aut bonis temporalibus personae iuridicae ab Episcopo repraesentatae; 2° Abbates primates, vel Abbates superiores congregationis monasticae et supremos Moderatores Institutuum religiosorum iuris pontificii; 3° dioeceses ceterasve personas ecclesiasticas, sive physicas sive iuridicas, quae superiorem infra Romanum Pontificem non habent; 4° causas quas Romanus Pontifex eidem Tribunale commiserit. § 2 Easdem causas, nisi aliter cautum sit, etiam in secunda et ulteriore instantia agit"; Art. 130 "Tribunal Rotae Romanae lege propria regitur".

c) *Normae Romanae Rotae Tribunalis* (7 febbraio 1994) ⁴⁰. Tit III *De or-*

³⁹ Cfr. in *A.A.S.*, 80, (1988), p. 892 s.

⁴⁰ Cfr. in *A.A.S.*, 86, (1994), p. 508 ss.

dine iudiciario Rotae Romanae. Cap. VII *De appellationibus*: art. 102 "Appellatio a decisione rotali, iuris ordine servato, deferitur ad Turnum proxime sequentem"; art. 107 "Si sententia plura capita seu dubia complectatur, et quoad nonnulla sit confirmatoria, quoad alia sit revocatoria, appellatio non conceditur pro ea parte, quae iam fuerit duabus conformibus sententiis iudicata, nisi una pars sit cum alia connexa eique accessoria"; art. 108 "Si Iudices Turni a quo fit appellatio quaedam ex propositis dubiis insoluta reliquerint, appellatio fit tantum dubiis decisis. Proponi tamen poterunt in iudicio appellationis etiam dubia non decisa, si haec connexionem cum decisis habeant vel eisdem sin accessoria". Cap. IX *De Normarum interpretatione*: Art. 120 "Si quaestio oriatur de interpretatione Normarum, recursus fiat ad Normas anno 1934 promulgatas, iis exceptis, quae viginti Iuris Canonici Codici refragantur".

La documentazione normativa riportata conferma, sia nella fase della sua redazione nonché in quella della sua definitiva promulgazione, che la terza istanza nel processo ordinario canonico è stata ed è attribuita alla competenza del Tribunale della Rota Romana. Può rilevare al riguardo quanto stabilito nella cost. ap. *In throno iustitiae* (27 dicembre 1561) di Pio IV ⁴¹, che completava le *Ordinationes et reformationes Rotae Romanae* date dai precedenti Sommi Pontefici (Giovanni XXII, Sisto IV, Innocenzo VIII, Leone X, Clemente VII, Paolo III) ed alle quali Pio X faceva riferimento stabilendo con la cost. ap. *Sapienti Consilio* il ripristino delle funzioni della Romana Rota ⁴² "... ad ea, quae iuris, et iustitiae cultum, ac observantiam concernunt, dirigimus potissimum aciem nostrae mentis, ut universis nationibus ad Sedem Apostolicam omnium fidelium matrem, et magistratam, pro litium, et controversiarum inter eos vigentium decisione recurrentibus, longis iudiciorum curriculis sublatis, ac minoribus, quam fieri poterit dispendiis, opportune consulatur. § 1 Sane postquam Nos circa Curiae nostrae reformatione solerti studio intendentes, reliquorum eiusdem Curiae tribunalium, et officiorum emendationem, et correctionem cum Dei auxilio, Venerabilium Fratrum nostrorum S.R.E. Cardinalium consilio peregrimus, demum ad Palatii nostri Auditorium, in quo universorum Christifidelium graviores causae per duodecim summae virtutis, et doctrinae viros, ex omnibus mundi partibus magna cum diligentia conquistatos, mature cognoscuntur, et magna cum integritate, et iustitia terminantur, animum adiecit. Et licet in eodem tribunali pauca admodum

⁴¹ In *Bullarium Romanum* (ed. C. Coquelines), IV, Pars Secunda, Romae 1745, p. 97 ss.

⁴² Cfr. F. SALERNO, *Problemi costituzionali* ... cit, pp. 333, s.

correctione digna offenderimus, nihilominus ut nihil intactum relinquere-mus, nonnulla potius pro litis abbreviandis, ac partium dispendiis evitan-dis, vel saltem minuendis, vocatis ipsis Auditoribus, ac pluries, tam in vo-ce, quam in scriptis auditis, providentia censuimus. § 2 Et idcirco de eo-rumdem fratrum nostrorum consilio, statuimus, et ordinamus, quod de cetero perpetuis futuris temporibus, ad tollendum multiplicationem com-missionum, et parcendum laboribus, et expensis litigantium, unica com-missio in qualibet instantia sufficiat, et illius vigore Auditor causam sibi commissam cognoscere, et cum omnibus, et singulis dependentibus, et emergentibus, ac alias quomodolibet incidentibus decidere valeat. Possit etiam Auditor sine nova commissione praefigere terminum ad docendum de attentatis, ac nullitatibus, et causis, propter quas quis in integrum re-stitui debeat, ac illo elapso, et non doctus, ad causae expeditionem proce-dere, necnon remissorias decernere, dilationes concedere, liquidationes fructuum in partibus delegare, ac omnia, et singula alia usque ad finalem sententiarum suarum executione inclusive facere, quae de iure ordinarii facere possunt ... § 4 Auditor tamen in aliqua honesta causa, sive magni, sive parvi momenti existat, etiam si eius decisio clari iuris esse videatur, definitivam sententiam, vel interlocutoriam vim definitivae habentem fer-re non valeat, nisi causa in Rota proposita, et habitis votis Coauditorum, nisi partes in actis expresse consenserit, quod causa sine voto Coaudito-rum expediri possit. Idemque in aliis quibusvis praeiudicialibus decretis servari volumus, si actor, vel reus, quod negotium in plena Rota cogno-scatur, institerit ...⁴³ Ed inoltre si può ancora ricordare quanto si legge nel progetto Pacelli circa le *Regulae Processuales S. Rotae*: can. 25 [2-a] "Quoad modum procedendi coram hoc Sacro tribunali servanda est anti-qua praxis rotalis, nec non ea omnia quae sancita reperiuntur in para-graphis 1029 ad 1044 *Motus proprii Gregoriani* ... (Gregorio XVI *Rego-lamento legislativo e giudiziario*), qui in hoc canone, quoad Rotam attinet, de verbo ad verbum repetiti censentur"⁴⁴.

Invero, come si è detto sopra in A), le proposte di un adeguamento dell'ordine gerarchico dei tribunali canonici a quello civile⁴⁵, da attuarsi con l'introduzione del giudizio di legittimità mediante l'istituzione della *Cassazione canonica*, non furono accolte da parte pontificia e fu ordinato

⁴³ In *Bullarium Romanum* cit., pp. 97 exordium, § 1, 98 § 2.

⁴⁴ V. in J.LLOBELL-E DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro "De Processibus"* ... cit., pp. 1238 e ivi nt. 3, 1054 s.

⁴⁵ Cfr. *supra* ntt, 5, 6, 7, 27.

in contrario da Pio X di predisporre la *Lex propria S. Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*, che doveva ripristinare la tipica funzione dei Tri-bunali della Sede Apostolica⁴⁶. Peraltro, l'antica *Signatura Iustitiae*, il suo aggiornamento istituzionale nella redazione del *Codex* '17, la sua configurazione nei progetti della *Lex propria* e nel testo definitivo di que-sta individuano competenze del *Supremo Tribunale della Segnatura Apo-stolica* che in alcun modo consentono di definirlo un tribunale di legitti-mità. Infatti, tali competenze nel processo ordinario riguardano soltanto la *querela nullitatis* e la *restitutio in integrum* concernenti le sentenze o i decreti aventi *vim definitivae* della Romana Rota⁴⁷. E, pertanto, il sistema processuale canonistico conserva l'antica qualificazione della Rota Ro-mana come tribunale di merito di *terza istanza*.

⁴⁶ V. in J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro "De Processibus"* ... cit., p. 1054.

⁴⁷ Circa questa diversità, giova trascrivere una recente sentenza della Corte di Cassazione – Sezione Lavoro – 11 ottobre 2002-11 giugno 2003, n. 9405, nella quale, riprendendo la giu-risprudenza consolidata della stessa Corte, si dà una chiara illustrazione dell'intervento giu-stiziale di legittimità nel contenzioso ordinario, la quale permette di comprendere come un simile intervento differisca da quello di merito che si ha nella terza istanza canonica "... la denuncia di un vizio di motivazione, nella sentenza impugnata con ricorso per cassazione ... non conferisce al giudice di legittimità il potere di riesaminare autonomamente il merito della intera vicenda processuale sottoposta al suo vaglio, bensì soltanto quello di controllare, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico formale, le argomentazioni con la conseguenza che il vizio di motivazione deve emergere – secondo l'orientamento (ora) consolidato della giurisprudenza di questa Corte (sentenze 13045 delle Sezioni unite e 3161/02, 4667/01, 14858, 9716, 4916/00, 8383/99 delle sezioni semplici) – dall'esame del ragionamento svolto dal giudice di merito, quale risulta dalla sentenza impugnata, e può rit-tenersi sussistente solo quando, in quel ragionamento, sia rinvenibile traccia evidente del mancato (o insufficiente) esame dei punti decisivi della controversia, prospettati dalle parti o rilevabili d'ufficio, ovvero quando esista insanabile contrasto tra le argomentazioni comples-sivamente adottate, tale da non consentire l'identificazione del procedimento logico-giuridico posto a base della decisione, mentre non rileva la mera divergenza tra valore e si-gnificato, attribuiti allo stesso giudice di merito agli elementi da lui vagliati, ed il valore e significato diversi che, agli stessi elementi, siano attribuiti dal ricorrente ed, in genere, dalle parti. In altri termini, il controllo di logicità del giudizio di fatto non equivale alla revisione del "ragionamento decisorio", ossia dell'opzione che ha condotto il giudice del merito ad una determinata soluzione della questione esaminata: invero una revisione siffatta si risolve-rebbe, sostanzialmente, in una formulazione del giudizio di fatto, riservato al giudice del me-rito, e risulterebbe affatto estranea alla funzione assegnata dall'ordinamento al giudice di le-gittimità", in *Diritto e Giustizia*, IV, n. 26 (2003), p. 20.

4. *Prodromi nello ius vetus della vigente normativa in materia di terza istanza nel processo ordinario canonico?*

A fronte di queste conclusioni emergono, tuttavia, alcuni problemi. Essi derivano sia dall'assenza di un univoco concetto della conformità fra le sentenze sulla quale si fonda la *res iudicata* - soprattutto se non si distingue tra processo ordinario e processo matrimoniale -, sia da una non chiara rappresentazione del rapporto tra la funzione dello strumento processuale dell'appello ed il conseguente giudicato che ne deriva. In verità, su quest'ultimo punto non possiamo ignorare che per il raggiungimento della *res iudicata* si parlava - prima del *Codex* '17 e della *Lex propria S. Romanae Rotae etc.* - della necessità di una duplice e/o triplice sentenza conforme, senza una precisa indicazione normativa ma piuttosto con argomentazione causidica derivata dai combinati disposti dei c. *Directae* [39], X, 2, 28, c. *Sua nobis* [65], X, 2, 28 e del c. *Ut in calumniis* [1], II, 11 in *Clem.*, che portava ad affermare: "In eadem causa non potest ab eodem tertio appellari a sententia, quae fuit bis confirmata ... In eadem causa, et super eodem articulo licet utrique parti collitigantium bis appellare successive, et sic in eadem causa, et super eodem articulo possunt utrinque interponi quatuor appellationes ... cum iam uterque bis appellaverit ... victoria causae remanebit illi, qui in quarta, et ultima appellatione sententiam favorabilem obtinendo tres conformes sententias in eadem causa, et super eodem articulo reportavit" e "Qui tres sententias contrarias in quavis causa reportavit, de illarum nullitate non agit, non excipit ipsarum executione non facta ..." ⁴⁸.

⁴⁸ V. nell'ordine, quanto allo *ius vetus*, L. FERRARIS, *Biblioteca canonica, juridica, moralis, theologica*, I, Romae 1757, voce *Appellatio*, art. VIII, nn. 25-32, p. 137 s. (ivi fonti e autori citati) e rubrica c. *Ut in calumniis* [1], II, 11, in *Clem.* Cfr. in M. LEGA, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica iuxta Codicem Iuris Canonici* (ed. V. Bartocetti), III, Romae 1950, Pars Prima, tit. XV, art. 1, nn. 1 e 2, p. 2 s. "1 - Canon 1902 tres ponit conditiones quae singulae, per se et seorsim, efficiunt, ut *res iudicata* habeatur. Prima ex his est quod duplex habeatur sententia conformis ... 2 - Ita mutatum est *ius vetus commune* non duas sed tres sententias conformes exquirens ad rem iudicatam habendam, quippe iure nostro a sententia primae conformi appellatio non conceditur; dum iure communi vetere victus bis appellare poterat" e relativa nt 1 "Uti habet lex unica Cod. 'Ne liceat in una eademque causa tertio provocare', VII, 70; et in Decretalibus ex cc, 39, 60 h.t.; et Clem. 1 De sent. et re iud. II, 11. In iure rom. ante Iustinianum ex duabus, non tribus conformibus habebatur *res iudicata*. Ita ex iure particolari in Curia Romana ex duabus conformibus, fiebat *res iudicata*. Cfr. De Luca, De iud. Disc. 36, n. 51 et Devoti Ius can. univ. De appell. 13"; in F. ROBERTI, *De processibus*, II, Romae 1926, n. 510, p. 245 s.

Sembra, quindi, opportuno approfondire detti problemi, esaminando la loro motivazione in un confronto tra diritto vigente e *ius vetus* sulla funzione dell'appello in relazione alla *res iudicata*, e trovando risposta alla domanda se e in quali limiti la attuale normativa sulla *terza istanza* nel processo ordinario canonico abbia realmente il suo prodromo nello stesso *ius vetus*.

Con riferimento a quanto precedentemente illustrato e procedendo in modo gradato è possibile dare una risposta a questa domanda. Infatti: A) partendo dal presupposto della *res iudicata* fondata sulla *doppia sentenza conforme*, come emerge dai disposti dei can. 1641 1° e 1628 del *Codex* '83, salve le precisazioni di cui alle residue disposizioni del can. 1641 e le eccezioni in tema di appello secondo la previsione del can. 1629; e B) puntualizzata la correlazione tra lo strumento processuale dell'appello ed il numero delle istanze possibili per giungere alla conformità delle sentenze; C) si può rilevare in materia di *doppia sentenza conforme* una continuità logico-sistematica con lo *ius vetus*, ma non una vera uniformità normativa; D) giacché, nell'attuale sistema, il momento processuale della *doppia sentenza conforme* ordinato al raggiungimento della *res iudicata* è soltanto quello configurato dai cann. 14, 33 della *Lex Propria S. Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*, dai disposti dei §§ 225, 231 delle *Regulae servandae in iudiciis apud S. Romanae Rotae Tribunal* (1910), di cui al Tit. IX *De appellatione a sententiis aut decretis rotalibus* (ripetuti successivamente nelle *Normae* 1934, artt. 161, 162; nelle *Normae* 1994 artt. 107, 108), e dalle norme codicali di cui ai cann. 1599, § 1 2°, § 2 *Codex* '17, 1444 § 1 n. 2°, § 2 *Codex* '83, confermate dalla cost. *Pastor Bonus* (artt. 128 2°, 129 § 2).

A) Dottrina e giurisprudenza hanno discusso il significato da dare alla conformità fra sentenze emesse in un medesima causa. Ed è emersa, in proposito, la necessità di distinguere le cause matrimoniali dalle altre che sono oggetto del processo ordinario, con la proposta di argomentazioni che sono utili per la precisazione del rapporto tra la verità espressa dal giudicato e la definitività di questo in ordine alla sua eseguibilità. In realtà, ciò è comprensibile in riferimento ai disposti dei cann. 1643 e 1644 *Codex* '83 specialmente per quanto concerne le cause matrimoniali, circa le quali esiste l'obbligo di un doppio giudicato conforme per ottenere la libertà dal proprio stato coniugale.

Mentre il can. 1902 1° *Codex* '17 enunciava solo l'esistenza di una *doppia sentenza conforme* perché si avesse la *res iudicata* senza offrire elementi per una definizione della conformità, nel nuovo can. 1641 1°, invece, il legislatore ha integrato l'enunciato con l'espressione "si duplex intercesserit in-

ter easdem partes sententia conformis de eodem petito et ex eadem causa petendi", avvalendosi in merito delle precisazioni ermeneutiche del can 1902 1° offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza rotale.

Ad esempio il Roberti commentava il can. 1902 1° "... Alia sententia alii conformis dicitur cum utriusque partes dispositivae inter se perfecte conveniunt" ⁴⁹; ed il Lega, da parte sua, premesso "Non mediocris difficultatis est constituere, quando *duae sententiae sint conformes*; et hinc habeatur *res iudicata* ...", aggiungeva "Conformitas non habetur nisi res controversa per duas sententias definita sit eadem. Iureconsulti et iurisprudencia adlaborarunt in explicandis elementis essentialibus quibus conformitas consistit" e citando il Digesto riferiva il pensiero di Paolo e Ulpiano "*Quum quaeritur, haec exceptio noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit, quantitas eadem, idem vis, et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum, quae nisi omnia concurrant alia res est* ...", per concludere "... veteres iurisconsulti, et his consonant quoque hodiernae leges, deduxerunt tria esse elementa identitatis, 1) eadem res; 2) eadem causa petendi; 3) eadem personae. Quoad primum seu *eandem rem* non spectatur tantum identitas *materialis* seu *corpus* sed maxime ius seu identitas *iuridica* ... Quoad secundum elementum nempe *eandem causam* petendi advertatur, in actionibus personalibus et realibus et in relativis exceptionibus, causam esse factum iuridicum quod constituat fundamentum iuris; illius iuris scilicet in iudicio controversi et a iure definiti ... Verum ad effectum actionis aut exceptionis *rei iudicatae* requiritur *tertium* elementum identitatis, nempe identitas personarum, siquidem res *inter alios* acta, aliis neque nocet neque prodest - *Identitas* autem requiritur personarum non physica sed *iuridica* seu eadem conditio personarum iuridica ..." ⁵⁰.

Tra le massime della Rota Romana si possono citare, sempre in modo esemplificativo: la c. Prior, 25 feb. 1922 (*Refectionis damnorum, quaestionis incidentalis de exceptione rei iudicatae*) "Ut autem exceptio rei iudicatae actionem impediatur de tribus constare debet: eandem nempe esse rem petitam in nova actione intentata, easdem esse personas iuridice consideratas, eandem esse causam petendi" ⁵¹; la c. Jullien, 28 maii 1941 (*Iurium: Incidentis de re iudicata*) "Res iudicata (can. 1902) praesumptione iuris et de iure habetur ve-

⁴⁹ F. ROBERTI, *De processibus* cit., n. 510, p. 245 s.

⁵⁰ M. LEGA, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica* cit., p. 2 ss., tit. XV, art. 1, nn. 1, 3, 4, 6, 7, 10.

⁵¹ V. in V. PALESTRO, *Rassegna di giurisprudenza rotale nelle cause iurium e penali* (1909-1993), (Milano) 1996, p. 82, *Decisio* n. 5.

ra et iusta nec impugnari directe potest ita ut pars victa non admittatur probare per contrarias rationes sententiam iniustam esse; indirecte vero potest impugnari sententia ostendendo eam non versari in circumstantiis quaesitis ut transeat in rem iudicatam. De re iudicata: eadem res petita; eadem persona vel personae; eadem causa petendi, nempe actio. Res iudicata habetur in parte dispositiva sententiae, rationes sententiae non constituunt partem dispositivam sententiae" ⁵²; la c. Staffa, 17 iunii 1949 (*Iurium*) "De re iudicata ad normam can. 1902 n. 1 conl. art. 161 Normarum S. R. Rotae. Excipitur casus quo una pars cum alia sit connexa eique accessoria, si enim in sententia novissima pars conformis cum altera difformi ita sit connexa eique accessoria ut una ab altera dependeat et omnino ab ea separari non possit, reformata quaestione principali appellata, necessario et accessoria debet reformari, etiamsi in rem iudicatam transierit. Si e contra super quaestione principali duae sententiae sint conformes, ex eo quod difformitas sit in quaestionibus principali adnexis, facultas non tribuitur eam iterum in discrimen vocare si duplici iudicio definita est" ⁵³; la c. Palestro, 31 ian 1990 (*Iurium*) "... Quando res iudicata abeat ex conformitate decisionum. De eadem parte dispositiva in sententiis quae tamen non sufficit cum substantia sententiae habetur non solum ex nudis partis dispositivae verbis - speciatim in causis iurium - sed ex substantia partis motivae quae complet, perficit et absolvit, pars dispositiva. Elementa obiectiva actionis: lex, obiectum, causa; elementa subiectiva: (legitimitas, interesse. Actiones quae habent tria elementa communia (subiecta, obiectum, causa) sunt una actio. Sufficit ut unum elementum differat ad plures habendas actiones. De decisionibus quae se declarant conformes substantialiter vel aequivalenter cum altera sententia, sed ob diversum caput latum in causis nullitatis matrimonii; quae principia admitti nequeunt in causis iurium, mere privatis, ubi ratio spiritualis deest et iudex tantum ad instantiam partis procedere potest" ⁵⁴.

Le ultime parole della massima della decisione c. Palestro, ora citata, evidenziano le distinzioni che sono state introdotte in tema di *doppia sentenza conforme* con riferimento alla finalità che questa ha nel processo matrimoniale canonico, ove peculiare è la relazione tra *favor matrimonii* e *favor veritatis*. E di conseguenza dalla più rigida e formale concezione della *conformità - identità* si è passati nelle cause matrimoniali ad una definizione più ampia della conformità con gli attributi che la qualificano come *sostanziale* o

⁵² *Ibidem*, p. 123, *Decisio* n. 41.

⁵³ *Ibidem*, p. 132, *Decisio* n. 51.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 182 *Decisio* n. 11.

equivalente. Su questa nuova concezione ha influito l'approfondimento delle differenze che sembra pretendere il processo matrimoniale nei confronti di quello ordinario, specie quanto alla riducibilità dei diversi *capita nullitatis* ad altrettante *causae petendi* ed alla funzione del giudizio che sancisce la conformità pretesa dalla legge.

In proposito, leggiamo "[La] insistenza sul controllo dell'oggettività della decisione, ad opera del tribunale di appello ... porta a ... [considerare che] l'incidenza della soggettività dei giudici, specialmente nel secondo grado, potrebbe avere un peculiare ambito di espressione. Pur riaffermando il principio di indipendenza giudiziale e la libera valutazione delle prove, la questione cui alludo potrebbe compromettere l'oggettività tipica dell'istituzione processuale nella ricerca della verità; mi riferisco al significato stesso del concetto di conformità delle decisioni. La dottrina è solita descrivere il concetto della conformità come una situazione a cavallo tra 'l'identità' (che non è necessaria) e 'la difformità' (che evidentemente non può assolvere nessuna delle funzioni che il diritto ricollega alle decisioni conformi). L'identità aggiunge qualcosa alla conformità, per cui due sentenze potrebbero dirsi conformi, pur non essendo identiche. La 'non identità' opera soprattutto nell'ambito delle motivazioni e dell'*iter* conoscitivo dei fatti che potrebbero essere diversi in ognuna delle decisioni, pur giungendo ad un identico dispositivo. Anche se ci sono state alcune voci contrarie, la dottrina e la giurisprudenza più costanti affermano che la conformità riguarda unicamente il dispositivo. Il problema più immediato si pone quindi nei confronti del contenuto del dispositivo, e ci si chiede quali siano gli elementi di quest'ultimo in grado di sostenere la conformità ... Da sempre, nello spiegare la 'identitas rei, causae et personarum' gli autori hanno introdotto concetti tesi a distinguere la conformità e l'identità materiale, (prima della cost. ap. *Dei miseratione* di Benedetto XIV che esigendo in materia matrimoniale due sentenze 'penitus conformes') gli autori classici avvertivano che la conformità doveva essere valutata non 'in formalitate verborum, sed in substantia rei et veritatis'. Poco dopo la *Dei miseratione* si parlava di conformità quale 'identitas ... sive vera sive interpretativa'. Il codice del 1917 mantenne (in materia matrimoniale) la disposizione della *Dei miseratione*, ma non definì in modo diretto il significato della conformità; un richiamo all'identità della 'causa petendi', si poteva desumere indirettamente dalla proibizione di introdurre una nuova *petitio* in grado di appello (c. 1891) ... La dottrina successiva mantenne un doppio indirizzo interpretativo, che provocò la formazione dei concetti di conformità sostanziale o equivalente tra decisioni in cui il dispositivo riguarda capitoli di nullità diversi. Questo dibattito fu favorito dall'inesistenza di una disposizio-

ne legislativa espressamente definitoria del concetto di conformità. Allo stesso tempo, la prassi di formulare il dubbio sulla sussistenza o meno della nullità del matrimonio *in casu*, senza esprimere in dettaglio il capitolo di nullità invalidante, favorì l'emanazione di sentenze, in secondo grado, per capitoli di nullità diversi da quelli decisi in prima istanza. Le decisioni erano considerate conformi malgrado la differenza tra i titoli di nullità riconosciuti⁵⁵.

Pur evidenziando le novità introdotte dal *Codex* '83 su questo specifico tema riguardante le cause matrimoniali, per il contenuto del can. 1641,1° e per il disposto del can. 1677 § 3 che esclude nella concordanza del dubbio formule generiche e statuisce l'indicazione nella stessa dei capi di nullità invocati, è stato sottolineato che "... il problema è rimasto irrisolto, perché non esiste accordo tra gli autori nell'interpretare l'esigenza di identità della 'causa petendi' certamente richiesta in modo esplicito dal nuovo disposto legislativo, ma non considerata da tutti come equiparabile all'identità formale dei *capita nullitatis* ... l'una e l'altra interpretazione si sono fatte sentire nella prassi giurisprudenziale. L'attuale difformità di indirizzi dottrinali e giurisprudenziali [sembra conseguire alla necessità di] un maggior approfondimento circa gli obiettivi e le modalità specifiche con cui lo strumento processuale è chiamato ad affrontare l'accertamento della verità nelle cause sullo stato delle persone ... In realtà, in nessuna delle decisioni favorevoli alla conformità *equivalente* si giustifica il proprio asserto per vie esclusivamente teoriche; la conformità si stabilisce dopo aver preso atto dell'identità reale del fatto storico generativo della nullità del matrimonio"⁵⁶.

Con ulteriori argomenti, questa ultima affermazione viene completata, mostrando la differenza della conformità delle sentenze nel processo ordinario canonico ed in quello matrimoniale. In effetti, volendo precisare che "... nelle cause matrimoniali la conformità viene richiesta non come avviene nelle ... cause del processo contenzioso ... per dirimere per sempre la causa ... ma come presupposto per l'esecutività della sentenza ... si afferma che la dichiarazione della conformità equivalente di due sentenze è stata chiesta frequentemente dal Tribunale della Rota Romana per motivi di economia processuale, cioè per rendere più spedita ed agile la trattazione delle cause matrimoniali ... la dichiarazione della conformità equivalente [è] una figura giuridica che presuppone un'interpretazione larga della normativa perché oltrepassa il significato letterale delle parole utilizzate dal legislatore ... La giuri-

⁵⁵ M. J. ARROBA CONDE, *Verità e principio della doppia sentenza conforme*, in AA. VV., *Verità e definitività della sentenza canonica*, Città del Vaticano 1997, p. 72 ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 74 ss.

sprudenza comune richiede per la conformità *equivalente* che le decisioni siano state emanate in base agli stessi fatti e alle stesse prove, anche se si tratti di un capo di nullità diverso ossia di una *causa petendi* distinta. Importante è che le sentenze convengano circa lo stesso oggetto, cioè dichiarino la nullità in base agli stessi fatti giuridici. Inoltre si richiede per la conformità anche un vero nesso logico tra i capi su cui si fondano le sentenze ...⁵⁷

E, al riguardo, vengono sottolineati due momenti che necessariamente sono interconnessi nella individuazione della conformità di due sentenze: l'identità della *causa petendi* e la motivazione del dispositivo espressa nelle due rispettive sentenze.

Quanto al primo momento si asserisce "Per la dichiarazione della conformità sostanziale o equivalente non basta l'identità delle persone e del *petitum*. Non è affatto indifferente se il capo di nullità è distinto in ognuna delle due sentenze ... le azioni hanno tre elementi in comune: il soggetto, l'oggetto e la causa ... basta che un elemento differisca e ... abbiamo delle azioni diverse [e già] nel libello questi tre elementi che individuano l'azione devono essere presentati ... Il cambio della causa petendi ... comporta necessariamente un altro giudizio ... [Tuttavia sembra che] capo di nullità e *causa petendi* non significano necessariamente la stessa cosa ... la *causa petendi* è il fatto giuridico che costituisce il fondamento dell'azione, definito e previsto dal diritto, che sostiene la petizione dell'attore. [Per definire] la *causa petendi* non bisogna badare alle prove, ma unicamente prendere in considerazione il fatto sul quale si fonda la petizione dell'attore ... Nelle cause di nullità di matrimonio si hanno in concreto tante *causae petendi* quanti sono i fatti che provocano la nullità del matrimonio. La *causa petendi*, ossia il fatto giuridico, non coincide necessariamente con il capo di nullità proposto dalla parte ovvero dalle parti, ma spetta ai giudici attribuire un nome ai fatti apportati dall'una o entrambe le parti, se esse non l'hanno fatto o l'hanno fatto in modo errato ... Nella valutazione di una eventuale conformità i giudici devono considerare soprattutto i fatti che le parti adducono e provano e non i nomi che gli attribuiscono. Sarebbe un puro formalismo ... postulare un altro tipo di conformità, cioè quella formale. La *causa petendi*, che nelle cause contenziose è il fatto giuridico sul quale si fonda l'azione, dev'essere provata in giudizio e non può essere né sostituita dalle parti né venire cambiata dal giudice ... A causa dell'indole pubblica del matrimonio i giudici godono di più ampie facoltà nella deter-

⁵⁷ N. SCHOECH, *Il principio della duplice conformità delle sentenze nella giurisprudenza rotale*, in AA. VV. *Verità e defintività della sentenza canonica* cit., p. 102 s.

minazione dell'oggetto della lite (cfr. cann. 1513, 1514, 1677)"⁵⁸.

Circa il secondo momento si dà un peculiare rilievo alla motivazione del dispositivo della sentenza in una causa matrimoniale. "Per constatare la conformità di due sentenze bisogna badare alla parte dispositiva di due decisioni che deve essere uguale anche se i motivi addotti variano. La sentenza consiste ... [nella] parte dispositiva nella quale il giudice risponde brevissimamente alla questione posta nella concordanza del dubbio. Non basta però la conformità formale della parte dispositiva per avere la duplice conforme, perché la sostanza della sentenza non è da desumere soltanto dalla brevissima parte dispositiva ma anche dal testo precedente che introduce alla parte dispositiva, la porta a compimento, la perfeziona ... I motivi costituiscono il fondamento logico della parte dispositiva. Perciò non sono conformi due sentenze, anche se concordano materialmente nella parte dispositiva, se si basano su motivi sostanzialmente diversi" e si può dare non conformità di due sentenze che pur concordando materialmente nella parte dispositiva, si fondano su motivi sostanzialmente diversi⁵⁹.

Sull'argomento della *doppia sentenza conforme* è utile riportare una riflessione che intende giustificare la peculiare scelta fatta nell'ordinamento processuale canonico "... non è stata la Chiesa ad inventare ... il diritto processuale, e meno ancora i principi che sottostanno a questo strumento umano, la cui finalità è giungere a stabilire con autorità la verità storica ... [in realtà] la metodologia del processo è permeata da principi che affondano le radici nel diritto naturale. Poiché si tratta di un lavoro di ricostruzione [della verità storica] fondato sull'attività probatoria, essenziali risultano il principio del contraddittorio, il diritto alla difesa, l'uguaglianza di opportunità tra le parti, il principio dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudici, ecc. ... Se queste premesse sono giuste, in una prospettiva storica e comparatistica sarebbe lecito sollevare più di un interrogativo sulla reale connessione che esiste, nell'ordinamento processuale canonico, tra il principio della doppia conforme e il principio del *favor veritatis*, vale a dire, tra le diverse funzioni attribuite dall'ordinamento alle due decisioni conformi ed il desiderio di assicura-

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 107, 108, 109, 110. Cfr. G. MONTINI, *Alcune questioni in merito al can. 1514*, in *Periodica de re canonica*, 92, (2003), p. 305 ss.

⁵⁹ N. SCHOECH, *Il principio della duplice conforme* ... cit., 111 s. Cfr. SUPREMUM SIGNATURAE APOSTOLICAE TRIBUNAL, *Decretum* 4 maii, 1974, in *Periodica de re morali, canonica*, liturgica, 64 (1975), p. 249; e v. sull'argomento l'ampia rassegna di A. MENDONÇA, *Jurisprudential approaches to equivalent or substantial conformity of sentences in marriage nullity cases*, in *Studia Canonica*, 36 (2002), p. 343 ss.

re, con misure e tecniche processuali adeguate, una pronuncia giudiziaria rispondente a verità. Nell'ambito degli ordinamenti processuali secolari, il principio della doppia conformità di sentenze risponde all'esigenza di certezza del diritto, ed è intimamente connesso con la limitazione delle possibilità di appellare indefinitamente le sentenze valide. Tale restrizione ha comportato la progressiva adozione del principio del doppio grado di giurisdizione ... [e] in questo modo gli ordinamenti attribuiscono altrettanto rilievo al *favor veritatis* in quanto garantiscono la possibilità di riesaminare la verità stabilita nella prima sentenza ...", con la conseguenza che l'iniziativa dell'appello spetta a chi si senta gravato dal primo giudicato, che sussista un ordine gerarchico fra i tribunali che garantisca un intervento più qualificato del secondo organo giudiziale, che prevalga in ogni caso il secondo giudizio nei confronti della prima sentenza, sia in caso di conferma che di riforma⁶⁰. Invece, "[n]ell'ambito dell'ordinamento processuale canonico, la certezza del diritto cede il passo al principio del *favor veritatis*, specialmente nelle cause sullo stato delle persone ... Perciò, in pura analisi comparatistica, la natura e la finalità del principio della doppia decisione conforme in ambito canonico vanno ricercate diversamente, a seconda della funzione che il suddetto principio riveste nell'ordinamento. Se si considera la norma come produttrice del giudicato formale, si può dire che la doppia conformità rispecchia il particolare equilibrio che si stabilisce, in ambito canonico, tra la certezza del diritto e l'esigenza di verità reale. Se invece si considera come requisito per l'esecutività delle decisioni affermative della nullità del vincolo, allora la norma sulla doppia conformità sembra obbedire .. piuttosto al principio del *favor matrimonii* e non, almeno non direttamente, al principio del *favor veritatis*"⁶¹.

In realtà, queste affermazioni, forse accentuano troppo la distinzione tra *doppia sentenza conforme* nel processo ordinario canonico ed in quello matrimoniale; ad esse si può sommessamente opporre l'ipotetica origine storica della *doppia sentenza conforme* in materia matrimoniale⁶². Nello *ius vetus*, infatti, tra *favor matrimonii* e *favor veritatis* valeva una reciproca convergenza fondata sulla *salus animarum* che, secondo la logica dello *ius vetus*, caratterizzava e motivava sia la norma canonica che la certezza nella sua appli-

⁶⁰ M. J. ARROBA CONDE, *Verità e principio della doppia sentenza conforme* cit. p. 61 s.

⁶¹ *Ibidem*, p. 62 s.

⁶² Cfr. F. SALERNO, *La doppia sentenza conforme nel processo matrimoniale canonico: ipotetici precedenti medievali*, in AA. VV. *Verità e definitività della sentenza canonica* cit., p. 7 ss.

cazione in tutte le cause, anche in quelle non spirituali e non *favorabiles*: le vere peculiarità delle cause matrimoniali consistevano principalmente nella esclusione in esse della *res iudicata* e nell'uso di propri strumenti processuali in ordine alla prova ed ai mezzi di impugnativa delle sentenze⁶³.

B) Preciso il significato della conformità di due sentenze in una stessa causa e fra le stesse parti e che nel processo ordinario canonico la *doppia sentenza conforme* costituisce il caso principale in cui si ha la *res iudicata*, sorge l'ulteriore quesito circa il modo ed i limiti che il sistema processuale canonico prevede per il raggiungimento di detta conformità. Tale quesito scaturisce dal fatto che le statuizioni vigenti e le normative remote mentre sembrano mostrare l'univocità della logica ad esse sottesa, non concordano invece dal punto di vista causidico. Ciò traspare da un confronto tra il commento del Roberti al can. 1902 (*Codex* '17) e la sintesi dello *ius vetus* proposta in materia dal Ferraris.

a) Il Roberti nel suo *De Processibus* trattando *De condicionibus requisitis ad habendam rem iudicatam* scriveva "Sententia variis rationibus transit in rem iudicatam. Eadem sunt: a) *Duplex sententia conformis* (c. 1902 n.1). Alia sententia alii conformis dicitur cum utriusque partes dispositivae inter se conveniunt. Duae sententiae conformes regulariter habentur post duas vel tres instantias iudiciales. At potest ut successivi iudices alii alias sententias protulerint, ita ut ex pluribus sententiis ne duae quidem perfecte coincident. In hoc casu ultima sententia adhuc appellari potest donec obtineatur nova sententia quae aliquam ex praecedentibus confirmaverit vel exhaustur hierarchia iurisdictionis. Fieri etiam potest ut iudices superiores praecedentem sententiam ex parte confirmaverint, ex parte reformaverint. In hoc casu, caput quod confirmatum est transit in rem iudicatam; alterum vero potest appellari donec et pro eo verificetur condicio statuta ut transeat in rem iudicatam"⁶⁴. E nel *De appellatione* l'autore accennava che nel periodo medievale la norma giustiniana, la quale aveva coartato la pluralità degli appelli, era stata disattesa ammettendo più appelli, ma solo entro il limite necessario per

⁶³ Cfr. F. SALERNO, *Precedenti medievali del processo matrimoniale canonico*, in AA. VV. *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994, n. 6, c), p. 73 ss. V. un recente dibattito sul tema in AA. VV. *La doppia conforme nel processo matrimoniale: problemi e prospettive*, Città del Vaticano 2003.

⁶⁴ F. ROBERTI, *De Processibus* cit., n. 510, p. 245 ss.

il raggiungimento di tre sentenze conformi⁶⁵.

b) Il Ferraris nella sua *Bibliotheca canonica, iuridica, moralis theologica*, alla voce *Appellatio* art. VIII (n. 25 ss.) così sintetizzava la dottrina canonistica classica sul rapporto *appellatio-res iudicata* "In eadem causa non potest ab eodem tertio appellari a sententia, quae fuit bis confirmata ... Et hoc verum est, non solum in appellatione a definitiva, sed etiam in appellatione ab interlocutoria. Imo hoc verificatur etiam in sententiis, quae non transeunt in rem iudicatam, licet enim in his possit causa de novo inchoari, non potest tamen tertio appellari ... Et hoc adeo verum est, ut nec Papa, nec alius Princeps suprema auctoritate gaudens possit potestate ordinaria per viam rescripti concedere, quod tertio appelletur ab eodem in eadem causa, licet possit per viam privilegii, et ex certa scientia hoc Princeps concedere ... Posset tamen ab eodem appellari pluries v.g. centies, et millies, si centies et millies, gravaretur super diversis articulis, licet in una, eademque causa ... In eadem causa, et super eodem articulo licet utrique parti collitigantium bis appellare successive, et sic in eadem causa, et super eodem articulo possunt utrinque interponi quatuor appellationes. Detur casus, verb. grat. quod Petrus contra Paulum litigans appellet a sententia contra se lata, et succumbat, tunc Petrus potest adhuc secundo appellare, et si in sua secunda appellatione obtineat victoriam causae, tunc Paulus eius adversarius potest etiam ipse appellare, et erit tertia appellatio in eadem causa, et super eodem articulo, et si feratur sententia contra ipsum Paulum, poterit adhuc Paulus appellare, et erit quarta appellatio in eadem causa, et super eodem articulo; post quam quartam appellationem nec Petro, nec Paulo licebit amplius appellare, cum iam uterque appellaverit, et sic victoria remanebit illi, qui in quarta, et ultima appellatione sententiam favorem obtinendo tres conformes sententias in eadem causa, et super eodem articulo reportavit. Sicut pariter dicendum est de eo, qui non successive, sed interpolatim modo uno, modo altero litigantium appellante tres habuit conformes favorabiles sententias ... Post totum hoc autem potest adhuc quilibet tertius, cuius intersit, appellare, non obstante quod utraque pars litigantium iam bis appellaverit ..." ⁶⁶.

Nella stessa opera sotto la voce *Sententia* (n. 58 ss.), l'autore completava la sua esposizione della dottrina canonistica classica sul rapporto *appellatio-res iudicata*, chiarendo come la *res iudicata* fosse effetto della strumentalità della *appellatio* "(nn. 58-63) In eadem causa non potest ab eodem tertio ap-

⁶⁵ *Ibidem*, n. 466, p. 196 s.

⁶⁶ L. FERRARIS, *Bibliotheca* ... cit., p. 137 s.

pellari a sententia quae fuit bis confirmata etc. [ove ripete quanto già detto nella voce *Appellatio*]", e subito dopo, dal n. 64 al n. 71 della medesima voce *Sententia*, illustrando – con richiamo al c. 1, II, 11 in *Clem.* – in che senso la triplice sentenza conforme fosse impedimento per ulteriori appelli "(n. 64) Hic is, contra quem in aliqua causa, sive civili, sive criminali, sive mixta, sive in petitorio, sive in possessorio tres sententiae conformes sunt latae, admitti non debet ad agendum de nullitate ipsarum, vel alicuius ex illis, vel ad excipiendum, antequam huiusmodi sententiae plene fuerint executioni mandatae. (n. 65) Et hoc procedit de tribus sententiis conformibus, sive definitivis, sive interlocutoriis. Dicta enim clementina loquitur simpliciter de tribus sententiis conformibus, non distinguens de definitivis, aut interlocutoriis: Ubi autem Lex non distinguit, neque nos distinguere debemus ... (n. 66) Item dicta clementina procedit de tribus sententiis conformibus in quavis causa, sive civili, sive criminali, sive mixta; Id enim clare indicant verba ipsiusmet clementinae ... (n. 67) Cum hoc tamen, quod in causis criminalibus tres sententiae conformes prius exequi debent, antequam agatur de nullitate sententiarum, solum ubi agitur de poenis, quae post executionem retractari adhuc possunt ac revocari ... Secus autem ubi agitur de poenis, quae post executionem retractari, ac revocari amplius non possunt ... (n. 68) In [civilibus], quando executio est irretractabilis, non proceditur ad illam vigore trium conformium sententiarum, antequam agatur de earum nullitate. (n. 69) Ad hoc, ut tres sententiae conformes debeant, et possint exequi, non obstante exceptione nullitatis, vel appellatione, debent esse latae super eodem articulo, et non super diversis ... Et ratio est, quia si sententiae essent latae super diversis articulis, cessaret ratio dispositionis dictae clementinae, quae est praesumptio calumniae, in qua illa fundatur. (n. 70) Potest tamen aliquis tertius pro suo interesse opponere exceptionem nullitatis sententiae, et impedire executionem trium sententiarum conformium; Dummodo ille tertius nondum bis appellaverit ... sed adhuc appellare possit a sententia, quae illi nocet. Tunc enim poterit ille tertius per exceptionem nullitatis impedire executionem sententiae ... (n. 71) Sententiae illae dicuntur conformes, quarum una confirmat aliam. Ad hoc tamen non est necesse, quod una confirmet aliam expresse, sed sufficit, quod in substantia idem contineant, et non sint diffformes quoad substantiam, vel qualitatem principalem ... (n. 72) Non dicuntur tamen tres sententiae conformes, si duae sententiae sint latae in principali, et tertia super desertione appellationis propositae a duabus praedictis sententiis. Unde in hoc casu potest impediri executio per exceptionem nullitatis et sic non habet locum dispositio dictae clementinae ..." ⁶⁷.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 63 s.

Dai testi del Roberti e del Ferraris emerge, quindi, una diversità circa l'iter necessario ed il numero di appelli ammessi per giungere alla *res iudicata*. E da ciò scaturiscono le domande: per avere la *res iudicata* l'ordinamento processuale canonico ha sempre escluso la possibilità di un terzo appello? in ogni tempo ha sempre presupposto per la *res iudicata* solo due sentenze conformi e non tre come si legge nella casistica riportata dal Ferraris? Da un esame più attento sembra possibile affermare che nel *Codex* '17 il legislatore canonico ha voluto ripristinare il senso originario della normativa dello *ius vetus* in materia, considerandola in tutto il suo arco storico, servendosi allo scopo di una più chiara rappresentazione dell'ordine gerarchico tra i tribunali canonici introdotto dallo stesso *Codex* '17 e correlando a tale ordine i momenti processuali della sentenza, dell'appello e della *res iudicata*.

Ad avallo di questa ipotetica affermazione può servire una elencazione dei vari momenti che sembrano motivare la problematica di cui si è fatto cenno all'inizio di questo punto B), e trovare una spiegazione di ciò che pare non essere chiaro - ossia se prima del *Codex* '17 occorrevo due o tre sentenze conformi per avere la *res iudicata* - operando un confronto tra le statuizioni esistenti nelle fonti originarie e le argomentazioni proposte in epoca successiva sul tema fino alla redazione del *Codex* '17.

(1) Ripercorrendo quanto scriveva il Ferraris sotto le voci *Appellatio* art. VIII (nn. 25-27 e 29) e *Sententia* (nn. 58 e 62), si nota l'intento di superare l'accennata diversità. Egli, infatti, (con riferimento alla L. unic. C. VII tit. 70 "Ne liceat in una eademque causa ter provocare", ed al c. *Sua nobis* [65] X, II, 28, rub. "Ab eadem sententia ab eodem tertio appellare non licet") evidenziava che "In eadem causa non potest ab eodem tertio appellari a sententia quae fuit bis confirmata ... et hoc verum est, non solum in appellatione a sententia definitiva, sed etiam in appellatione ab interlocutoria ... Imo hoc verificatur etiam in sententiis, quae non transeunt in rem iudicatam, licet enim in his possit causa de novo inchoari, non potest tamen tertio appellari ... Posset tamen ab eodem appellari pluries v.g. centies, et millies, si centies et millies gravaretur super diversis articulis licet in una, eademque causa" ed al riguardo trovava conferma nel c. *Quoties* [16] C. II, q. 6 e nel c. *Directae* [39], X, II, 28, Glossa s.v. *appellare*)⁶⁸.

(2) Ma lo stesso Ferraris completava la sua precisazione e sotto le medesime voci *Appellatio* art. VIII (nn. 30-31) e *Sententia* (nn. 63-65) (con rinvio alla clementina *Ut calumniis litigantium* [1], II, 11, in *Clem.*), affermando che "In eadem causa, et super eodem articulo licet utrique parti collitigantium bis

⁶⁸ *Ibidem*, voce *Appellatio* p. 137 s., voce *Sententia* pp. 62 s., 63.

appellare successive, et sic in eadem causa, et super eodem articulo possunt utrinque interponi quatuor appellationes" per concludere, attesa la possibile dinamica delle relative procedure nei quattro appelli usati secondo il rispettivo diritto delle due parti in causa, "post quam quartam appellationem nec Petro, nec Paulo licebit amplius appellare, cum iam uterque bis appellaverit, et sic victoria causae remanebit illi, qui in quarta, et ultima appellatione sententiam favorabilem obtinendo tres conformes sententias in eadem causa, et super eodem articulo reportavit. Sicuti pariter dicendum est de eo, qui non successive, sed interpolatim modo uno, modo altero litigantium appellante tres habuit conformes favorabiles sententias ..." ⁶⁹.

c) La discordanza tra le due affermazioni che si leggono nel Ferraris "In eadem causa non potest ab eodem tertio appellari a sententia, quae fuit bis confirmata" ⁷⁰ e "In eadem causa, et super eodem articulo licet utrique parti collitigantium bis appellare successive, et sic in eadem causa, super eodem articulo possunt utrinque interponi quatuor appellationes ... post quam quartam appellationem nec Petro, nec Paulo licebit amplius appellare, cum iam uterque bis appellaverit, et sic victoria causae remanebit illi, qui in quarta, et ultima appellatione sententiam favorabilem obtinendo tres conformes sententias in eadem causa, et super eodem articulo reportavit" ⁷¹ risulta ancor più chiara e motivata nella esposizione che il Reiffenstuel ha fatto dell'argomento. Tale esposizione non è diversa da quella del Ferraris; entrambi offrono una sintesi della dottrina ritenuta comune. Tuttavia, il Reiffenstuel sembra evidenziare meglio il motivo del possibile contrasto tra le due o le tre sentenze conformi necessarie per avere la *res iudicata*. Infatti, poiché doveva apparire chiaro che se veniva affermato il diritto ad un duplice appello come diritto spettante a ciascuna parte in causa, non si poteva ignorare il profilo causidico dell'intersecarsi delle conseguenti possibili quattro procedure di appello, corrispondenti al diritto autonomo delle due parti di proporre il proprio appello, egli affrontava la questione offrendone una più comprensibile soluzione nel suo *Jus Canonicum Universum*, Lib. II, Tit XXVIII *De Appellationibus etc.*, § XI *Declarantur alii casus in quibus appellare non licet* (nn. 312-315) proponendo in successione logica: "(n. 312) Decimoquinto, *Res longius acta*, sive prolata, non recipit appellationem. Et hoc inter alia fit ex eo: quia ab eadem sententiam, et super eodem articulo, sive gravamine lata, eidem ter appellare non licet;

⁶⁹ *Ibidem*, voce *Appellatio* p. 138, voce *Sententia* p. 63.

⁷⁰ *Ibidem*, voce *Appellatio* n. 25 p. 137, voce *Sententia* n. 58 p. 62 s.

⁷¹ *Ibidem*, voce *Appellatio* nn. 30-31 p. 138, voce *Sententia* nn. 63-65 p. 63.

prout habetur expressum in *L. un. C. Ne liceat in una eademque causa ter provocare, et c. Sua nobis, 65, h.t.* Idque merito statutum fuit: tum ne detur processus in infinitum, et lites evadant propemodum immortales: tum quia praesumptio est contra eum, qui tam in priori instantia, quam bis provocando, ter succubuit. Et hoc procedit non solum in appellatione a diffinitiva, verum etiam in appellatione ab interlocutoria ... Procedit etiam in illis causis, quae non transeunt in rem iudicatam: licet enim in his possit causa de novo inchoari, non tamen potest tertio appellari. (n. 313) Dicitur notanter primo, *ab eadem sententia, et super eodem articulo etc.* Nam si quis millies super diversis articulis, licet in eadem causa, gravaretur, posset is toties appellare; ut *c. Quoties Episcopus, 2. q. 6.* ... Quia semper appellare licet super diverso gravamine, si-ve articulo. (n. 314) Dicitur secundo, *eidem ter appellare non licet.* Nam si modo, una modo altera pars succumbat, cuilibet bis appellare licet, sed nulliter. Hinc si Titius contra Caium litigans, in prima instantia condemnatur, potest Titius appellare. Si dein in altera instantia Caius condemnatur, potest etiam is appellare: quod si denuo condemnatur Titius, rursus huic appellare licebit; et si iterum Caius damnetur, et ipsi adhuc licebit appellare. Tunc autem, ex quo libet bis appellavit, neutri amplius licebit appellare: atque obtinebit is qui in ultima instantia superando, tres conformes sententias pro se reportavit, *arg. Clem. 1. de re iudicat.* ... Et hoc idem iuris est, si quis non interpolatim, sed successive bis appellaverit: ut si Titius adversus sententiam in prima instantia contra se latam appellet, et ipsa confirmetur; sicque Titius secundo appellet: nam si sententia illa denuo confirmetur, non est locus tertiae appellationi. (n. 315) Quamvis autem, iuxta hactenus dicta, non sit licitum tertia vice appellare; adeo quidem, ut neque Papa, neque alius Princeps supremus potestate sua ordinaria, mediante Rescripto concedere censeatur facultatem appellandi tertia vice: potest tamen in primis id Princeps concedere per viam privilegii, ac ex certa scientia ... Deinde, licet quis non audiat tertio per viam appellationis, auditur tamen per viam nullitatis sententiae: ostendendo videlicet, quod prior sententia fuerit ipso iure nulla: ita tamen, ut sententia prius possit executioni mandari, *Clem. 1. de Sentent. et re iudic.* ... Potest insuper tunc peti restitutio in integrum ... Tandem potest etiam supplicari principi, non obstante gemina appellatione...⁷².

C) La lettura dei testi del Ferraris e del Reiffenstuel porta l'attenzione sull'argomento che essi e gli autori da loro citati deducevano dalla clementina

⁷² A. REIFFENSTUEL, *Jus Canonikum Universum*, II, Venetiis 1735, Tit XXVIII De appellationibus § XI, p. 439.

Ut calumniis litigantium (c. 1, II, 11, in Clem.). Effettivamente – facendo un esemplificativo richiamo cronologico alle fonti precedenti la clementina – si può forse ipotizzare che fu proprio tale provvedimento ad offrire la soluzione causidica, che prassi e dottrina cercavano a fronte del diritto di ciascuna delle due parti in causa di far un uso indipendente del rispettivo diritto ad un duplice appello per superare il *gravamen* personale e giungere ad una *res iudicata* favorevole.

a) Graziano ricordava la previsione giustiniana in tema di appello “Post secundam provocationem intelligendum est: tertio enim in una eademque causa super hisdem capitulis provocare non licet. Unde in VII libro Codicis, titolo [70] non liceat in una eademque causa tertio provocare, [lege unica], imperator Iustinianus scribit: ‘Si quis in quacunque lite iterum provocaverit, non liceat ei tertio in eadem lite super hisdem capitulis provocatione uti, vel sententias excellentissimorum prefectorum pretorio retractare, licentia danda litigatoribus, arbitro dato, ipsius audientiam, qui eum dedit, ante litis contestationem invocare, et huiusmodi petitione minime provocationis vim obtinente ...’⁷³.

b) Riccardo de Lacy (Anglicus) in continuità con Graziano (C. II, q. 6) nella sua *Summa de Ordine Iudiciario* ribadiva il principio giustiniano “Non nisi bis appellandum est super eodem articulo, ut C. ne liceat, in una eademque causa tertio appellare, 1. Si quis in quacunque lite iterum provocaverit, non liceat ei, tertio in eadem lite super eisdem capitulis provocatione uti (C. VII. 70. 1.)⁷⁴.

c) Tancredi di Bologna nel suo *Ordo Iudiciarius* riportando la disposizione del c. *Directae* [13] Comp. II, 2, 19 rispondeva alla domanda “Quotiens appellari potest? ... ante sententiam super quolibet articulo bis potest appellari, nisi ob causam aliquam inferius numerandam appellatio inhibeat ... Unde, cum plura capitula sint saepe in una causa et super quolibet bis possit appellari, sequitur, quod quinquies vel etiam pluries in una causa possit appellari. Quod de plano concedo in appellationibus, quae fiunt ante sententiam. Post sententiam vero diffinitivam bis tantum appellare licet; nimis durum esset quartam expectare sententiam. ut Cod. ne lic. in una causa tert. provoc. 7, 70 l. un. Et licet quidam canon videatur innuere, quod ultra duas vices possit appellari, – ait

⁷³ C. II, q. 6, dictum p. c. 39.

⁷⁴ RICCARDO DE LACY (Anglicus), *Summa de Ordine Iudiciario* § XXXVII – De appellationibus (ed. L. Wahrmund, p. 85).

enim, quotiens opus est, appellari potest, ut C. 2 q. 6 c. *omnis oppressus* 3. et c. *quotiens* 16. – tenendum est, quod supra diximus, et intelligitur illud, quod possit appellari quotiens opus est, ante diffinitivam sententiam, vel etiam post sententiam appelletur quotiens opus est, non tamen ultra secundam vicem”⁷⁵.

d) Gregorio IX nelle *Decretales*, riprendendo il c. *Directae* di Clemente III (c. 13, Comp. II, 2, 19) rubricato con le parole del Panormitanus “*Si appellans, qui non prosequitur, redit ad iudicem a quo, et iterum gravatur, non obstante prima desertione potest iterum appellare*”, adduceva un caso nel quale si aveva il riscontro di come la regola del limite del duplice appello poteva avere attuazione “*Directae nobis tuae literae demonstrarunt, quod, quum in tua praesentia causa cuiusdam matrimonii tractaretur, in qua pars viri consanguinitatis vinculum opponebat, et pars mulieris ad sedem apostolicam appellasset, nec appellationem suam praefixo termino ad persecutionem ipsius et recipiendos apostolos adveniente termino fuerit prosecuta, postmodum ea renunciantem appellationi, quam fecerat, tu in causae cognitione procedens de parentela testimonia recepisti. Verum quia mulieris pars iterum appellavit, a nobis postulas utrum ad calculum sententiae procedere valeas, edoceri. Respondemus igitur, quod, licet iuxta decretum Lateranensis concilii, postquam in termino prosequendae appellationis statuto appellans suam appellationem non fuerit prosecutus, auctoritate tua libere possis uti, tamen, quia iterum appellavit, quum secundum iura ei licuerit in eadem causa bis appellare, a iurisdictione tua se fecit exemptam, praesertim quum hic ad separationem matrimonii, quod est res favorabilis, intentio viri procedat, nihilque agendum sit, nisi quod suspicione careat, quod iure inreprehensibile censeatur. Alius vero iudex poterit eandem causam iuxta dicta testium qui post renuntiationem primae appellationis rite admissi fuerunt et alia si qua adhuc poterunt in eadem causa produci secundum Deum et sancita canonum terminare*”; e ne proponeva conferma con il c. *Sua nobis* di Onorio III (c. 4 Comp. V, 2, 19), rubricato *Ab eadem sententia ab eodem tertio appellare non licet* “*Sua nobis R. tutor filiorum quondam B. civis Tuscanensis petitione monstravit, quod, quum inter ipsum ex una parte, et F. pro se, ac Petrum Campullanum tutorem B. quondam filii B, concives suos ex altera parte super quadam summa pecuniae et rebus aliis coram R. tunc iudice comitatus Tuscanensis non ex delegatione apostolica confirmata. Sed licet Petrus Picheta canonicus Tuscanensis, cui executio-*

⁷⁵ TANCREDI DI BOLOGNA, *Ordo Iudiciarius*, P. 4, Tit. 5 De appellationibus, § 9 (ed. F. Ch. Bergmann, p. 296 s.).

nem ipsius sententiae dicimur commisisse, ipsum in possessionem quarundam domorum et aliarum rerum legitime induxisset, quia pars altera, quae ab aliorum delegatorum cognitione semel et iterum appellaverat, tertio vocem appellationis ad nos emittens contra legitimas sanctiones dilecto filio P. Severini canonico Tuscanensi et eius collegae cognitionem ipsius sententiae a nobis obtinuit delegari, illi, prout erant contra eum plus debito animosi, a possessione praedicta contra iustitiam eiecerunt eundem. Quumque dilectus filius noster R. sanctae Mariae in Cosmedim diaconus cardinalis super appellatione tertio ad nos emissa utrique parti a nobis datus auditor, interlocutus fuerit, illos non potuisse de iure tertio appellare, nos praedicto P. Severini et eius collegae nostris dedimus literis in mandatis, ut in negotio ipso nequaquam procedere attentarent”⁷⁶.

e) Goffredo da Trani, nella sua *Summa super Titulis Decretalium* circa il numero degli appelli rinviava alle fonti romane e canoniche sopra citate ed affermava “*Appellatur autem bis a diffinitiva non tertio ... Sed quamvis tertio non appelletur petitur tamen in integrum restitutio contra res bis iudicatas. Item admittitur supplicatio ... Quod enim ibi dicit (II, q. VI quotiens) totiens appellari posse quotiens opus est. Expone quotiens id est bis. Vel expone donec superior invenitur et hoc locum cum appellatur ab ordinario. Vel illud in diversis gravaminibus illatis circa diffinitivam. Item non ob. xxxi. q. ii lotharius. ibi enim inter appellavit teberga id est vocem appellationis ter emisit semel tamen appellando. Et quod dixi in diffinitiva, idem puto in interlocutoria*”⁷⁷.

g) Enrico da Susa (Hostiensis), nella sua *Summa* ripeteva le argomentazioni di Goffredo da Trani operando gli stessi rinvii normativi “*Et quidem regulariter bis ... sed non tertio ... et intelligas a sententia diffinitiva vel etiam interlocutoria vel quocumque alio gravamine alioquin in eadem causa licet quoties opus est id est quoties quis gravatur appellare sic intellige ii, q. vi. quoties. et ca. omnis oppressus. et intelligas quoties gravatur id est super quolibet gravamine bis ... Quamvis autem non admittatur tertia appellatio ab eadem sententia facta admittitur tamen in integrum restitutionem et supplicatio contra res bis iudicatas ...*”⁷⁸.

⁷⁶ c. *Directae* [39], X, 2, 28; c. *Sua nobis* [65], X, 2, 28.

⁷⁷ GOFFREDO DA TRANI, *Summa super titulis Decretalium*, Lugduni 1519, De appellationibus (rubrica), n. 13, f. 120 vb.

⁷⁸ ENRICO DA SUSA (Hostiensis), *Summa*, Lugduni 1537, Liber Secundus, De appellationi-

h) Guglielmo Durante, nel suo *Speculum Iudiciale* trattando il tit. *De appellationibus* introduce considerazioni e precisazioni causidiche che aprono all'interpretazione del rapporto tra *appello* e *res iudicata*. Infatti, ponendosi la domanda sul numero degli appelli possibili (*Quoties?*) per la definitività del giudicato, egli ripete la regola ormai consolidata "Quoties appellandum sit clarum est quum regulariter super quolibet articulo vel gravamine et a qualibet interlocutoria ante sententiam et etiam a sententia diffinitiva bis tantum appellatur et non tertio ut extra de ap. directe ... in una eadem causa [con rinvio alle fonti ritenute comuni] cum multa sint capitula in causa ante litem contestationem multoties potest appellari ... Quod autem dixi bis posse appellari tantum a sententia vel quolibet gravamine intellige verum ab eadem parte. Nam altera pars poterit etiam super eodem capitulo vel sententia appellare. Si enim appellavero a sententia pro te contra me lata et iudex appellationis sententiam confirmat possum secundo appellare a confirmatione sententie. Sed si hec confirmatio confirmetur non possum amplius appellare: quia non licet tertio provocare. Si autem confirmatio infirmetur tu poteris ab illa sententia appellare quia hec non est tertia appellatio sed prima quo ad te. Et si iudex appellationis infirmationem sententie infirmet poteris secundo appellare ultra tibi non licet. Et sic sunt praedicta iura intelligenda. Et secundum hoc super quolibet articulo potest quarto appellari. Et sic obtinuit licet audiverim quemdam contrarium sustinentem ut tantum bis appelletur sicut iuris verba tenent. Idem etiam credo si interpellatim fiant appellationes ut si a sententia lata pro te contra me ego appello et in causa appellationis obtineo: demum tu secundo appellas et obtines, tertio ego appello et obtineo. Et quarto tu appellas et obtines certe nulli nostrum licet ulterius appellare quia nulli nostrum licet tertio appellare et sufficit sic scriptum esse ... Uber. dicit quod non licet tertio appellare verum est continue ut in superiori exemplo licet interpellatim bene licet ut in proximo exemplo. Item non licet tertio appellare ... in diversis: sic centies et docet talem cautelam ut appellans appellando et proseguendo dicat primam sententiam nullam et si iudex appellationis dixerit eam aliquam vel iustam vel non iustam statim poterit appellare et centies per hanc viam ... Sed secundum premissa tu habuisti pro te duas sententias confirmatorias, et ego pro me alias duas queritur quis erit potior cum nulli nostrum liceat ulterius appellare. Et videtur quod originalis reus quia promptiores sumus ad absolvendum quam ad condemnandum ... Quidam ulterius allegant imo videtur quod is qui prius sententiam obtinuit sive sit reus sive

bus (rubrica) § Quoties, n.7, f. 129 vb.

actor quia pro sententia presumitur ..."⁷⁹.

i) Clemente V, nel Concilio di Vienne, con il c. *Ut calumniis* rubricato con le parole di Giovanni d'Andrea *Qui tres sententias contrarias in quavis causa reportavit, de illarum nullitate non agit, nec excipit ipsarum executione non facta; et respicit etiam pendentia*, stabiliva "Ut calumniis litigantium occurratur, is, qui in beneficiis vel alia quavis causa contra se in petitorio vel possessorio sententia reportavi, ad agendum de nullitate ipsarum vel alicuius ex eis nullatenus admittatur, donec huiusmodi sententiae plenarie fuerint executioni mandatae. Similiter si ille, contra quem tres sententiae diffinitivae latae fuerint, ab interlocutoria vel gravamine ante prolationem ipsarum vel earum alicuius se appellasse, et causam appellationis huiusmodi adhuc pendere proponat: sententiarum praedictarum executionem tali praetextu nolumus impediri. Quae ad causas qualitercumque etiam per appellationem pendentes duximus extendenda"⁸⁰.

l) Il testo della decretale clementina deve, però, essere completato con la relativa glossa che consente di comprenderne motivazione e significato. La Glossa s.c. (che è attribuita a Giovanni d'Andrea), introduce infatti il contenuto della decretale "*Ut calumniis*. Primo praemissa ratione decidit unum casum. Secundo simili ratione decidit alium: ibi *Similiter*. Tertio declarat et ostendit constitutionem locum habere, etiam ad pendentia per appellationem: ibi, *Quae ad causas*. Imola. Praesupponendum est primo quod ab una et eadem sententia non est licitum ter appellare. Secundo praesupponendum est, quod licet ab una et eadem sententia non possim ter appellare: tamen possum illam dicere nullam, et agere de nullitate, puta quia lata est die feriato, vel me non citato: vel quod lata est iudice deambulante, et non sedente pro tribunali, vel si allegem aliquam aliam causam ... (*Post casum*) Colligo aliqua notabilia. Et primo, quod habens tres sententias contra se super eodem capitulo non potest appellare a tertia, sive sit diffinitiva, sive interlocutoria: sed bene potest agere de nullitate. Nota ... quod habens tres sententias conformes contra se, si agat de nullitate antequam admittatur ad agendum: prius debet parere sententiae et executioni cum effectu ..."; s.v. *Ut calumniis* "Qui tres sententias contrarias in quavis causa reportavit, de illarum nullitate non agit nec excipit, ipsarum executione non facta: et respicit

⁷⁹ GUGLIELMO DURANTE, *Speculum Iuris*, II, Lugduni 1543, Partic. III, De appellationibus (rubrica), § *Quoties*, f. 372 ra-b, va.

⁸⁰ c. *Ut calumniis* [1], II, 11, in *Clem.*

etiam pendentia novum et aequum quod hic dicitur ..." s.v. *tres* "successive, et super eodem articulo: non enim locum habet haec pars quando super diversis articulis, licet eiusdem causae, tres interlocutoriae sunt latae contra partem ..."; s.v. *contra se* de tertio qui vult propter suum interesse executionem sententiae impedire ..."; s.v. *Sententiae* non dicit diffinitivas ... per quod patet etiam in interlocutoriis quarum facienda sit executio ..."; sv *Agendum de nullitate* "modos nullitatis et coram quo iudice agatur de nullitate, et an coram iudice appellationis de hoc agi possit, scripsi ... sed si causa tractatur an sententia pronuntiata nulla, ex prioribus actis causa iudicetur", s.v. *Alicuius ex eis* "hoc intelligo quando simpliciter in secundo et tertio iudicio confirmata est prima sententia, et si diversa continebat capitula, vel unum separabiliter, licet in parte fuerit infirmata: tamen quo ad illa capitula, vel partem, in qua vel in quibus confirmata fuit, primo et secundo dicam hoc locum habere, et in aliis non ..."; s.v. *Nullatenus admittatur* "per hanc litteram videtur quod etiam si non petat victor executionem per modum tamen exceptionis repellere poterit de nullitate agentem ..."; s.v. *Alicuius* "maxime in ultima, hoc procedit cum scilicet dico me appellasse a gravamine illato a iudice secundae appellationis, qua appellatione pendente confirmavit ipse iudex primam et secundam sententiam. hoc dico, quia si a gravamine illato per iudicem primae appellationis appello, et iste postea fert diffinitivam, si ab illa non appello, non erit dare tertiam diffinitivam: multo minus si appellarem a gravamine iudicis causae principalis. si vero appellavero ab illa sententia, et utramque appellationem prosequor, tunc procedere posset casus iste ..."; s.v. *Pendere* "alias appellasse non iuvaret illum, si defert, vel contra cum finita esset illius appellationis causa. Sed quid si dicat se sic appellasse, et causa appellationis finitam pro se, scilicet quia pronuntiatum fuit bene appellatum? Dico etiam, quod tunc non impeditur executio ... allegat enim nullitatem, quia per id constat iudicem a quo fuit appellatum, diffinitivam ferre non potuisse. Sed si adversarius ab illa pronuntiatione qua pronuntiatum fuit bene appellatum, infra tempus debitum appellasset, tunc adaptaretur haec littera: quia adhuc illius appellationis causa penderet"; s.v. *Impediri* "licet ergo ex pendentia illius appellationis dubitetur an saltem ultima sententia tenuerit, vult tamen quod fiat executio, salvo iure retractationis, tam sententiae quam executionis si iudicetur bene appellatum ... non enim impedit haec littera appellationis illius prosecutionem: dummodo ipsius fatalia non sint lapsa"⁸¹.

⁸¹ Glossa (Giovanni d'Andrea), s. c. *Ut calumniis* [1], II, 11, in *Clem.* (ed. Lugduni col. 126 s.), Casus, post Casum e i v. glossati come citati nel testo.

m) Giovanni d'Andrea nel suo *In Secundum Decretalium Librum, De appellationibus, recusationibus, et relationibus* [Tit. 28], si collega a Guglielmo Durante con rinvio al c. *Directae* [39] "[in glo. 3 ibi, *permissum est*] eidem personae, hoc dico pro tanto: quia si a sententia contra te pro me lata appellasti secundo, et iudex secundae appellationis casset primam, et secundam sententiam, ab illa potero appellare, *et hoc respectu appellatur quarto, et de hoc vide in Spec. de app. § quoties*, per totum §", ed alla clementina *Ut calumniis* con rinvio al c. *Sua nobis* [65] "Casus. Ab eadem sententia ter appellare non licet. Et facit tria: ponit querelam appellati. Secundo sententiam auditoris ibi, cunque tertio inhibitionem factam iudicibus tertiae appellationis ibi, nos praedicto [*Filiorum*] impuberum, qui sine auctoritate tutoris agere, vel conveniri non poterant ... [*Tertio*] interdum etiam non licet appellare secundo, 2.q.6. anteriorum § illud etiam, ubi de hoc [*Appellare*] licet is, contra quem tertio sententiatum est, tertio non appellet: potest tamen agere de nullitate sententiarum. Sed tunc demum, cum illarum facta fuerit plena executio, et non prius. Idem in illo, contra quem tres diffinitivae sunt latae, sed dicit illas, vel illarum alteram latam post appellationem interiectam a gravamine, quam dicit adhuc pendere, *ut in concilio Vienen. de re iudi. ut calumniis* ..." ⁸².

n) Lo Schmalzgrueber, che qui si indica come l'autore che può offrire in materia un commento dello *ius vetus* in tempo abbastanza prossimo all'avvio della redazione del *Codex* '17, confermava la dottrina ormai consolidata scrivendo nel suo *Jus Ecclesiasticum Universum*:

(1) al Tit. XXVII § II *De re iudicata* n.108 "Quaeritur 9. an is, contra quem in aliqua causa tres sententiae conformes sunt latae, admitti debeat ad agendum de nullitate ipsarum, vel alicuius ex illis antequam sententiae huiusmodi plene fuerint executioni mandatae? Resp. negative; sed prius executio fieri debet, post quam integrum erit condemnato agere de nullitate sententiarum. Constat ex *Clem. 1 hoc tit.* ... Ratio est, ut, quemadmodum *Clem. cit.* princ. dicitur, occurratur calumniis litigantium; cum enim illi, contra quos tres sententiae conformes sunt latae, non possint tertio appellare, saepe dicerent, sententias latas nullas esse, ut lites protraherent in infinitum, et impedirent earum executionem: sicque per viam nullitatis obtinebant quod negatur per viam appellationis"; n. 109 "Estque hoc verum etiam 1. in causa criminali; nam etiam in hac executio fieri debet, antequam aga-

⁸² GIOVANNI D'ANDREA, *In secundum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis 1581, c. *Directae* [39], X, 2, 28, f. 261 rb; c. *Sua nobis* [65], X, 2, 28, f. 285 rb-va.

1. in causa criminali; nam etiam in hac executio fieri debet, antequam agatur de nullitate sententiarum, si tamen lata sit in causa criminali, in qua executio retractari possit, ut si reus condemnatus sit ad poenam pecuniariam; alias prius agi de nullitate debet, quam fiat executio, utpote cum post executionem frustra ageretur ad nullitatem ... *Extenditur* 2. etiamsi tres illae sententiae fuissent interlocutoriae tantum, modo latae sint super iisdem articulis ... quia in *Clem cit.* in ter definitivam, et interlocutoriam non distinguitur. *Extenditur* 3. etiam ad causas pendentes per appellationem; nam etiam appellatione pendente, fit executio, quamvis ista, si a iudice appellationis pronuntietur bene esse appellatum, executio sententiae revocetur ... Addenda tamen his ampliationibus est triplex limitatio. 1. si tertius opponat pro interesse suo de nullitate sententiae, et executionem trium sententiarum conformium velit impedire. 2. si victor est passus, ut per victum probetur nullitas. 3. si nullitas sententiae sit notoria⁸³;

(2) al Tit. XXVIII *De appellationibus, recusationibus, et relationibus*, § V *De forma, et modo appellandi*, n. 67 "Quaeritur 5. quoties licitum sit appellare? Resp. In eadem causa a sententia definitiva bis appellari potest, quod si autem illa bis fuit confirmata, tertio non ammittitur appellatio. Ita statuitur c. sua nobis 65 h. t. et l. un. C. ne lic. in un. ead. caus. Ratio sic statuendi fuit, tum ut vitetur processus in infinitum, et ne lites fiant poene immortales; tum quia praesumptio est contra eum, qui bis appellavit, et semper succubuit, quod iniustam causam foveat, et ad litem protrahendam malitiose appellet. *Proceditque hoc* etiam in sententiis, quae non transeunt in rem iudicatam, licet enim in illis inchoari causa de novo possit, non tamen potest tertio appellari ... Dixi 1. *in eadem causa*, i. e. ab eadem sententia, et super eodem articulo, vel gravamine; nam super diversis articulis, vel gravaminibus licitum est tertio appellare, imo saepius; *can. quoties* 16. *caus.* 2. q. 6. gloss. *fin. in c. directae* 39 h. t. ... Dixi 2. *si bis fuit confirmata*; nam si in prima appellatione fuit confirmata, reformata in secunda, ea pars, in cuius praeiudicium reformata est, potest interponere appellationem tertiam, qua si vincat, victus si laesum se putet, prosilire potest ad quartam, ita, ut quilibet habeat duas ... Dixi 3. *a sententia definitiva*; nam de sententia interlocutoria specialis est difficultas, an casu, quo pars litigans post desertam appellationem sistat se iudici *a quo*, et hic iterum per interlocutoriam gravare videatur, sic gravatus in eadem causa, et super eodem articulo denuo appellare possit? Videtur enim non posse; quia iudici *a quo* iterum se

⁸³ F. SCHMALZGRUEBER, *Jus Ecclesiasticum universum*, II, Pars Altera, Romae 1844, Pars III, Tit. XXVII, De sententia et re iudicata, § V, n. 108, p. 459.

nuntiasse appellationi interpositae, non tamen hoc ipso etiam renuntiavit interponendae; hinc cum iura universim permittant, ut in eadem causa a qualibet parte bis appellari possit, hoc casu concedenda erit etiam altera appellatio ab interlocutoria, praesertim si causa sit favorabilis, v. g. matrimonialis, ut decernitur *cap. directae cit.*⁸⁴.

⁸⁴ *Ibidem*, Tit. XXVIII, De appellationibus, recusationibus, et relationibus, § V, n. 67, p. 504.

Istituto Giuridico Sammarinese
Università degli Studi della Repubblica di San Marino

Consiglio Scientifico:

Prof. ssa Paola Olivelli, Direttore Scientifico

Prof. Severino Caprioli, Segretario scientifico

Avv. Alberto Selva, Segretario amministrativo

Avv. Gianna Burgagni

Avv. Giovanna Crescentini

Avv. Luigi Lonfernini

Avv. Alvaro Selva

Redazione a cura del dottor Massimiliano Simoncini

Hanno reso possibile la stampa di questo fascicolo della Miscellanea il dottor Domenico Gasperoni, Dirigente Segreteria Esecutiva del Congresso di Stato, la signora Grazia Treccani, Responsabile dell'Ufficio Affissioni e Duplicazioni dello Stato e signor Cesare Biordi, Responsabile Ufficio Fotocopie della Segreteria di Stato per gli Affari Interni. A loro il Consiglio Scientifico dell'Istituto Giuridico rivolge un sentito ringraziamento.

*Segreteria dell'Istituto Giuridico Sammarinese
San Marino Città - 47890 Repubblica di San Marino
Tel. 0549 882501 - Fax 0549 885174
E-mail simoncini@unirmsm.sm*