

**ISTITUTO
GIURIDICO
SAMMARINESE**



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

fascicolo n. 8, II settembre 2003

Atti del seminario

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

pag. 91

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

pag. 119

Stefano PALMUCCI *I dati per un'indagine.*

pag. 157

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

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.

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 sammari-nese).

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

D) A questo punto si può delineare una risposta al quesito e ripetere che in materia tra il diritto canonico vigente e lo *ius vetus* si riscontra una continuità logico-sistematica, ma non pare esservi tra gli stessi una vera uniformità normativa. Certamente vale sempre quanto enunciato in linea di principio nel *Codex* di Giustiniano⁸⁵, come si può ribadire che continua a sussistere il rapporto funzionale tra *appellatio* e *res iudicata*⁸⁶. Tuttavia, l'odierno sistema processuale canonico derivante dalle scelte fatte dai redattori del *Codex*¹⁷ rappresenta in modo più chiaro di quanto non avvenisse nello *ius vetus* la peculiarità del medesimo sistema, che si traduce in una maggiore sua adeguatezza al *favor veritatis*.

In effetti, non si può negare che il fondamento della odierna *duplice sentenza conforme* sia ancora il *dictum* graziano "tertio ... in una eademque causa super hisdem capitulis provocare non licet"⁸⁷, ripetuto dal c. *Directae* "... secundum iura ei [licet] in eadem causa bis appellare ..." ⁸⁸ e dal c. *Sua nobis*

⁸⁵ C. VII, 70, l. un. "Si quis in quacumque lite iterum provocaverit, non liceat ei tertio in eadem lite super hisdem capitulis provocatione uti ...".

⁸⁶ Cfr. TANCREDI DI BOLOGNA, *Ordo Iudiciarius*, P. 4, Tit. 4 De executione sententiae § 1, Tit 5 De appellationibus § 1 (ed. F. Ch. Bergmann, pp. 285, 291); M. LEGA, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica* cit., p. 2 ss.

⁸⁷ GRAZIANO, *dictum* p. c. 39, C. II, q. 6.

⁸⁸ c. 39, X, 2, 28.

“Ab eadem sententia ab eodem tertio appellare non licet”⁸⁹ e che, l’affermazione di Tancredi di Bologna “Illa sententia, quae a competenti iudice lata est, ordine iudiciario servato, quae ipso iure tenet et valet, nec per appellationis vel in integrum restitutionis beneficium est suspensa, executioni debet mandari”⁹⁰, sia in sintonia con la dottrina successiva al *Codex* ‘17 “... ex iure nostro *res iudicata* necessariam secumfert relationem ad *appellationem*; sed cum praeter appellationem praesto sint alia *remedia extraordinaria* ad sententiam seu ipsam *rem iudicatam* impetendam, consequitur, *rem iudicatam* efficere sententiam firmam et irrevocabilem, quatenus infirmari et retractari non potest in iudicio *appellationis* sed non adeo *firma et irrevocabilis* ut eadem impeti non possit per *extraordinaria remedia* sive *oppositionis tertii*, sive *querelae nullitatis* sive *restitutionis in integrum*”⁹¹.

Ciò nonostante, è innegabile che vi sia una differenziazione tra lo *ius vetus* e quello codiciale in tema di *duplice sentenza conforme* come fondamento della *res iudicata*. Infatti, si riscontra nello *ius vetus* che per avere la *res iudicata* si parlava causidicamente e di *duplice sentenza conforme* e di una *triplice sentenza conforme*, anche se di tale prassi non venivano addotte fonti normative, eccettuata la regola romano-giustiniana (C. VII, 70, 1) accolta nel *Corpus Iuris Canonici* (c.39, C. II, q.6; c. 39, X, 2, 28; c. 65, X, 2, 28), la quale escludeva tassativamente il terzo appello. E, sembra altrettanto attendibile che la stessa prassi sia stata solo una conseguenza delle riflessioni di Guglielmo Durante sul § *Quoties*⁹², e delle successive statuizioni del c. *Ut calumniis* [1], II, 11 in *Clem.*

Invero, Guglielmo Durante nel suo commento al § *Quoties*, partendo dal principio che limitava a due gli appelli, ipotizzava il diritto che si doveva riconoscere a ciascuna parte in causa di poter fruire di una propria facoltà di appellare – in una stessa causa e per il medesimo capitolo – fino a due volte in opposizione al *gravamen* che le derivava dalle sentenze ad essa contrarie. Ossia il diritto di appello non era secondo lui da riferirsi all’unità del contraddittorio, ma al *gravamen* che secondo il dettato delle successive sentenze poteva colpire l’una o l’altra parte: circostanza questa che portava a quattro gli appelli possibili, due per ognuna delle parti, con la conseguente possibilità di celebrare per la stessa causa e per il medesimo capitolo quattro processi di appello. E,

⁸⁹ c. 65, X, 2, 28.

⁹⁰ TANCREDI DI BOLOGNA, *Ordo Iudiciarius*, P. 4, Tit. 4 De executione sententiae § 1 (ed. F. Ch. Bergmann, p. 285).

⁹¹ M. LEGA, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica* cit., p. 2 n. 4.

⁹² GUGLIELMO DURANTE, *Speculum Iuris* cit., § *Quoties* f. 372 ra-b; v. anche *supra* nt. 81.

poi, troviamo che, sempre senza alcun rinvio a precedenti normativi, nel Concilio di Vienne fu stabilita la norma sintetizzata nel c. *Ut calumniis litigantium occurratur*[1], II, 11, in *Clem.* – per le ragioni che appaiono espresse nello stesso *incipit* e che fu rubricata da 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*” –, supponendo essere pacifico, in caso di soccombenza, che una *triplice sentenza conforme* costituisse fondamento della *res iudicata*. Da allora, si riscontra che gli autori iniziarono a citare la norma clementina *Ut calumniis*, in quanto la ritenevano quasi fosse una enucleazione o una integrazione del *dictum* graziano p. c. *Si autem* [39], C. II, q. 6 e dei cc. *Directae* [39] e *Sua nobis* [65], X, 2, 28, come si può rilevare dai passi sopra riportati⁹³. Effettivamente, il contesto in cui era citata la norma clementina fa intravedere e/o supporre che essa contenesse una indiretta risposta ai quesiti contenuti nelle riflessioni che si leggono nel § *Quoties* di Guglielmo Durante⁹⁴ e che erano ben conosciute dalla dottrina, atteso che le ipotesi da lui proposte scaturivano dall’interpretazione del principio della duplice appellabilità della sentenza con assoluta esclusione del terzo appello.

Ad avallo di queste deduzioni, serve ricordare che la menzionata prassi, consolidatasi dopo la clementina *Ut calumniis*, fu presente anche nel dibattito redazionale del *Codex* ‘17 e che se ne volle ivi il superamento mediante le disposizioni di cui al can. 1880 n. 4° dello stesso *Codex*, alla *Lex propria S. Romanae Rotae*, alle *Regulae servandae in iudiciis apud S. Romanae Rotae Tribunal*, con l’evidente intento di ripristinare quello che era ritenuto essere il significato originario della correlazione la *appellatio* e la *res iudicata*, alla quale sono riconducibili il principio canonistico della *doppia sentenza conforme* e la peculiare funzione della *terza istanza* nel processo ordinario canonico. In merito, richiamando quanto già riportato circa tale dibattito, si possono qui menzionare:

a) la discussione dei Consultori nella Consulta del 24 giugno 1908, avente come oggetto i canoni proposti dal Many sotto il Tit XVII *De appellationibus* Cap. I *Contra quas sententias, quis, a quo, ad quem, appellare possit*. In questa discussione, ebbero infatti rilevanza le osservazioni alla parte del can. 190 proposto dal Many (“*Iure prohibetur appellatio: 1° Contra sententiam in secunda instantia prolatam quae sit conformis sententiae primae instantiae* [con l’annotazione: *Reg. Greg.*, § 269 ... - Iure vigente, in hoc casu, appellatio non

⁹³ V. *supra* ntt. 79-84.

⁹⁴ V. *supra* ntt. 79, 92.

prohibetur], nisi aliter in casu speciali cautum sit [con l'annotazione: V. g. in causis matrimonialibus]; 2° *Contra sententiam in tertia instantia prolatam, quaecumque est* [con l'annotazione: *Reg. Greg.*, § 271. - Iure vigente, ex cap. *Sua nobis*, 65, de appellationibus, prohibitum est appellare a tertia sententia, quando tres sententiae sunt conformes, non vero quando sunt diffformes] ... 6° *Contra sententiam interlocutoriam, nisi vim habeat definitivae, aut nisi gravamen per eam inducta per sententiam definitivam reparari nequeat* [con l'annotazione: *Conc. Trid. cap. Eadem*, 1, sess. 13, de reform., et cap. *Causae omnes*, 20, sess. 24 de reform.]): "il P. Noval vorrebbe sempre conservare la terza istanza. Tutti gli altri sono contrari. Al n. 2 M. Lega trova che questa norma è molto grave e desidererebbe 'saltem duae sententiae conformes'. P. Noval e M. Martini sono dello stesso parere"⁹⁵; peraltro, in merito, il P. Noval aveva già proposto nel suo Voto sotto il Tit. XIII *De Impugnatione sententiae coram iudice superiore*, Cap. I *De appellatione* al can 244 [246] "Prohibetur appellatio a tertia sententia duabus praecedentibus conformi ..." ⁹⁶, ed anche nel Voto del Fisher era data per pacifica la prassi della *triplice sentenza conforme* nel Tit. XVI *De appellatione et recursu etc.*, I - *De appellatione* §1 [90] "... Prohibetur appellari si tres sententiae adversae prolatae sunt ..." ⁹⁷;

b) - lo *Schema del 1909* predisposto per il Congresso (1910) dei Cardinali, nel quale - con i testi di cui al Tit. XX *De appellatione* can. 2 [460] "Iure autem prohibitum est appellare ... 3° a sententia quae in rem iudicatam transit ..." ed al Tit. XXIII *De re iudicata* can. 1[488] § 1 "Duplici sententia conformi habetur res iudicata" - si aderì alla tesi dei Consultori confermando il principio della *duplice sentenza conforme* contro la prassi della *triplice sentenza conforme* di cui si è detto ⁹⁸, tanto che tale tesi fu poi recepita nel testo definitivo del *Codex* '17, rispettivamente ai cann. 1880, 4° e 1902, 1°.

Ed è, pertanto, possibile sottolineare quanto ipotizzato, ossia che la *triplice sentenza conforme* si trova nella dottrina canonistica dello *ius vetus* a modo non di disposizione di legge bensì di una prassi che si è andata instaurando, come descritto, dopo la clementina *Ut calumniis* c. 8. Ciò lo si deduce soprattutto dal fatto che la dottrina, per quanto già detto, ne faceva menzione nel contesto di

⁹⁵ V. in J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro "De Processibus"* cit., p 1164: cfr. ivi can. 290 p. 649 e *supra* ntt 25, 26.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 600.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 563.

⁹⁸ *Ibidem*, p 835.

esemplificazioni causidiche e senza alcun rinvio ad una fonte normativa specifica, ma limitandosi al solo richiamo del combinato disposto delle norme contenute in: C. VII, 70, 1; *dictum*.p. c. 39, C. II, q. 6; cc. 39, 65, X, 2, 28; c.1, II, 11, in *Clem.*: nonostante si rinvenga che essa finì per avere valore quasi legislativo nel *Regolamento legislativo e giudiziario* (§ 271) promulgato da Gregorio XVI con il motu proprio *Elevati appena* del 10 novembre 1834: circostanza che pare essere stata determinante per chiederne, come visto, l'eliminazione nel *Codex* '17 con il ripristino del principio legale della *doppia sentenza conforme* quale fondamento della *res iudicata* ⁹⁹.

La riprova più chiara di quanto affermato, circa continuità logica e differenze normative tra *ius vetus* e diritto vigente su questo tema, scaturisce dalle scelte operate mediante la speciale normativa dettata per la Rota Romana con la *Lex propria* e le *Regulae servandae* recepite integralmente nel *Codex* '17, nel *Codex* '83, nelle Norme rotali del 1934 e del 1994, nella cost. ap. *Pastor Bonus* di Giovanni Paolo II, come ampiamente illustrato sopra nel § 3 di queste note. In realtà, dal complesso di tale normativa si evincono principi e rito in una dimensione costituzionale che, mentre conferma sostanzialmente la continuità storica del sistema processuale canonistico e la sua remota origine romanistica, illustra e motiva il perché della *duplice sentenza conforme* e l'*iter* processuale per poterla raggiungere, giacché pone in risalto la prevalenza del *favor veritatis* come loro profilo teleologico: *favor veritatis* inteso in senso sia formale che sostanziale, secondo la *ratio iuris* di cui alle *Regulae servandae* ¹⁰⁰.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 649 nt. 170 e Consulta 24 giugno 1908 p. 1164 (Tit. XVII *De appellationibus*, Cap. I *Contra quas sententias, quis, a quo, ad quem, appellare possit*); cfr. *supra* ntt. 80-84, F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, V, *De iudiciis ecclesiasticis*, I, Prati 1914, Tit. XXXIX *De appellationibus*, n.693, n. VI "Qui in eadem causa contra se habent tres conformes sententias, cum contra illos stet praesumptio iniustae causae atque frivolae et frustratoriae appellationis" e ivi in nt 42 "Cap. 39. 65. X. h.t.; cap. 1 de sent. et re iud. II. 11. in Clem.", p. 532; M. LEGA, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica* cit., p. 3 n. 2 "... mutatum est *ius vetus commune* non duas sed *tres sententias conformes* exquirens ad *rem iudicatam* habendam".

¹⁰⁰ Cfr. *Regulae servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal*, Tit. IX *De appellatione a sententiis aut a decretis rotalibus*, § 224 "1. A sententia rotali definitiva, quae non sint 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*) ...", § 225 "Si sententia plura capita aut dubia complectatur, et quoad nonnulla sit confirmatoria, quoad alia revocatoria, appellatio non conceditur pro ea parte, quae iam fuerit duabus conformibus sententiis iudicata, excepto casu quod una pars alia sit connexa eidemque accessoria" (il testo di questo § 225 è ripetuto nelle *Normae* [1934], Tit.

5. Doppia sentenza conforme e terza istanza: spunti comparativi tra diritto canonico e diritto sammarinese.

Come precisato nel sottotitolo, queste note sul principio della *seconda sentenza conforme* e sulla *terza istanza* nel processo ordinario canonico - redatte sulla base delle previsioni normative vigenti e di quelle dello *ius vetus* - sono destinate ad una comparazione con il principio della *doppia sentenza conforme* e con la *terza istanza* in vigore nell'ordinamento processuale sammarinese.

Volendo verificare se tale comparazione sia possibile ed entro quali limiti, rileva premettere che una sintesi di quanto finora esposto e un certo parallelismo esistente tra le previsioni del diritto canonico e quelle del diritto sammarinese sull'argomento¹⁰¹ consentono la sommessa affermazione che, mentre si riscontra una remota fonte normativa comune tra i due sistemi processuali, il canonico ed il sammarinese, essi hanno di fatto conservato fra loro soltanto delle analogie che attengono alla logica che li sottende ed al rito. Anche se è legittimo non escludere che logica e rito pongono in luce una convergenza dei due sistemi nell'evidenziare una loro peculiare differenza nei confronti dei moderni sistemi processuali, nei quali è sconosciuto l'antico mezzo della *doppia sentenza conforme* come momento processualistico ordinato alla tutela del *favor veritatis*, contro il formalismo cui può essere ricondotto l'istituto della *res iudicata* nei medesimi sistemi che privilegiano, invece, la certezza della legittimità del giudicato.

Ma, per giustificare queste asserzioni, è necessario enuclearle vedendo nell'ordine: A) una breve sintesi dei punti che caratterizzano nell'ordinamento processuale canonico il principio della *doppia sentenza conforme* in rapporto alla *res iudicata*, senza ignorare la relativa evoluzione che sui due temi è intercorsa dallo *ius vetus* al diritto vigente; B) l'enunciazione del dato normativo che regola la stessa materia nell'ordinamento processuale sammarinese e la sua interpretazione nella dottrina e giurisprudenza civilistiche; C) le affinità e le differenze tra diritto canonico e diritto sammarinese in materia.

A) Nei §§ 2-3, si è sopra trascritto il vigente sistema canonico che prevede nel processo ordinario il coordinamento tra *sentenza*, *appello*, *res iudicata* collocandolo nel contesto istituzionale dell'ordine gerarchico disposto fra i tri-

III, Cap. VII De appellatione, art 161 e nelle *Normae* [1994], Tit. III, Cap. VII, De appellationibus, art. 107).

¹⁰¹ Cfr. *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, Liber Quartus De appellationibus, in *Raccolta delle Leggi e Decreti della Repubblica di San Marino* (edd. T. C. Giannini - M. Bonelli), Città di Castello 1900, p. 158 ss.

bunali canonici di prima istanza, di seconda istanza e della Sede Apostolica (Rota Romana e Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica). Ciò che emerge in tale sistema è la intenzione oggi espressa come diritto fondamentale di ogni fedele nei §§ 1 e 2 del can. 221 *Codex* '83 "§ 1 Christifidelibus competit ut iura, quibus in Ecclesia gaudent, vindicent atque defendant in foro competenti ecclesiastico ad normam iuris; § 2 Christifidelibus ius quoque est ut, si ad iudicium ab auctoritate competenti vocentur, iudicentur servatis iuris praescriptis, cum aequitate applicandis", ma che non differisce dai principi ispiratori delle antiche funzioni istituzionali del processo canonico rimaste sempre valide nel tempo, come si può percepire dalle parole con le quali Tancredi di Bologna introduceva il suo *Ordo Iudiciarius* "Assiduis postulationibus, me, carissimi socii, iam dudum inducere studuistis, ut ordinis iudiciarii libellum, quo actor ad agendum, reus ad defendendum, et iudex ad causam audiendam, examinandam ac diffiniendam instrui valeant, vestrae componere caritati. Desideriis itaque vestris satisfacere cupiens, rem mihi arduam, sed vobis et posteris fructuosam aggrediar, quam primo Richardus Anglicus, ad instar cuiusdam compilationis ... tractavit, postmodum Pillius Medicinensis ... ad modum summae scribendo perfecit, quem ... imitari dispono, in his praecipue casibus, quibus secundum ius civile est in foro ecclesiae procedendum et ubi leges sacris canonibus non repugnant; in ceteris vero sacros canones saecularibus legibus praeferendo, quod poscitis, secundum statuta canonica adimplere studebo"¹⁰².

L'attuale rappresentazione della gerarchia dei tribunali canonici ordinari non è nuova, essa lo è solo nel modo. Effettivamente, nel processo storico di istituzionalizzazione dei vari organi periferici e centrali che formano l'ordinamento giudiziario canonico¹⁰³, sono rimaste sempre inderogabili le prerogative episcopali e pontificie, ripetute nei cann. 1419 "§ 1 In unaquaque dioecesi et pro omnibus causis iure expresse non exceptis, iudex primae instantiae est Episcopus dioecesanus, qui iudicalem potestatem exercere potest per se ipse vel per alios ...", 1442 "Romanus Pontifex pro toto orbe catholico iudex est supremus, qui vel per se ipse ius dicit, vel per ordinaria Sedis Apostolicae tribunalia, vel per iudices a se delegatos" *Codex* '83. Con salvaguardia delle peculiarità e particolarità ordinamentali legate alle situazioni contingenti che si

¹⁰² TANCREDI DI BOLOGNA, *Ordo Iudiciarius* (ed. F. Ch. Bergmann, p. 89).

¹⁰³ Cfr. F. SALERNO, *Problemi costituzionali cit.*, p. 370 ss.; ID., *Sede Apostolica o Santa Sede e Curia Romana*, in AA. VV. *La Curia Romana nella cost. ap. "Pastor Bonus"*, Città del Vaticano 1990, pp. 66 ss., 74 ss.

riscontrano nelle fonti della normativa codiciale¹⁰⁴. E, pertanto, detta gerarchia rimane sempre ordinata alla dinamica del processo: in particolare al duplice momento del giudicato e della sua esecuzione.

Con riferimento al menzionato contesto del sistema processuale canonico, si può qui riassumere che il principio canonistico della *doppia sentenza conforme* ha una sua iniziale derivazione storica dal diritto romano, ma che esso si è formato con l'evoluzione in ambito canonistico dell'*appellabilità* della sentenza finalizzata al raggiungimento della *res iudicata* per la sua esecuzione. In proposito, interessa ricordare quanto detto, e cioè che in materia le attuali disposizioni codicili hanno un collegamento con le relative fonti che si reperiscono nello *ius vetus* giacché, pur differenziandosi dalle stesse quanto alla formulazione normativa, ne confermano la logica sottesa. E si deve ribadire che la chiave interpretativa di questa logica si rinviene proprio nella funzione che riveste l'*appellabilità* della sentenza nell'economia del processo, come evidenziata in antico, ad es.: da C. II, q. 6, c. 1 rub. "Causae viciatae remedium appellationis subveniat" e testo "Liceat appellatori viciatam causam appellationis remedio appellari"; da Tancredi di Bologna nel suo *Ordo Iudiciarius* "Appellatio est sententiae vel gravaminis relevatio ..., a minori iudice ad maiorem factam, praetextu iniqui gravaminis vel iniustae sententiae"; da Egidio de Fucarariis nel suo *Ordo Iudiciarius* "Appellatio est iniquae sententiae sive iniquae sententiae sive iniqui gravaminis querelam continens ... (X, II, 28, 59) ... Vel sic: appellatio est a minori iudice ad maius tribunal facta provocatio ... (C. II, q. 6, cc. 3,9) ..."; ed oggi dal can. 1628 *Codex* '83 "Pars quae aliqua sententia se gravatam putat ... ius hab[et] a sententia appellandi ad iudicem superiorem ..." ¹⁰⁵.

Ciò ha una sua indiscutibile evidenza nella ordinata e consequenziale elencazione delle fonti alle quali veniva fatto rinvio dalla dottrina nello *ius vetus*: C. VII, 70, 1; Graziano in *dictum* p. c. *Si autem* [39], C. II, q. 6; c. *Directae* [39], e c. *Sua nobis* [65], X, 2, 28; c. *Ut calumniis* [1], II, 11, in *Clem.*, atteso che il principio posto alla base della sua enucleazione sfociata nell'istituto della *doppia sentenza conforme* – attraverso l'ermeneutica dottrinale delle medesime fonti – fu sempre e solo quello di cui alla disposizione giustiniana "Si quis in quacumque lite iterum provocaverit, non liceat ei tertio in eadem lite super hisdem capitulis provocatione uti" (C. VII, 70, 1), sintetizzato nella rubrica del c. *Si autem* [39], C. II, q. 6 "Non licet appellari ab eis, ad quos provocatum fuerit".

¹⁰⁴ Cfr. P. MONETA, voce *Ordinamento giudiziario*, c) Ordinamento giudiziario canonico, in *Enciclopedia del Diritto*, XXX, (Milano) 1980 p. 89 ss.

¹⁰⁵ EGIDIO DE FUSCARIIS, *Ordo Iudiciarius*, § LXXII (ed. L. Wahrmund, p. 128).

Ossia troviamo nelle fonti normative il limite del *duplice appello*, ma non quello – enunciato in modo diretto – della *doppia sentenza conforme*. Soltanto con l'introduzione del c. *Ut calumniis* [1], II, 11, in *Clem.*, ove si parla di *triplice sentenza conforme*, la relativa Glossa di Giovanni d'Andrea riporta la prassi e la sua applicazione in materia, con rinvio al commento di Guglielmo Durante del § *Quoties*, nel quale si leggono i limiti numerici degli appelli e la loro finalizzazione alla *duplice sentenza conforme*, ed allo stesso tempo si ipotizza l'attribuzione a ciascuna parte del diritto a servirsi *successive* o *interpolatim* di un duplice e indipendente appello: circostanza che ha finito per introdurre la prassi di quattro appelli (due per ciascuna delle parti), sulla quale sono intervenuti i chiarimenti della clementina *Ut calumniis* ¹⁰⁶.

Invero e la *duplice sentenza conforme* e la *triplice sentenza conforme* sono presentati come prassi derivante in via ermeneutica dai limiti di *appellabilità* della sentenza e non come oggetto di dirette disposizioni legislative. I testi sopra riportati mostrano con evidenza l'attendibilità di queste deduzioni: ad es. il Reinffenstuel nel passo già sopra citato commenta "n. 312 - *Res longius acta*, sive protelata, non recipit appellationem. Et hoc inter alia fit ex eo: quia *ab eadem sententia*, et super eodem articulo, sive gravamine lata, *eidem ter appellare non licet*; 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 immorales: 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 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. ac notat Abbas c.c. *Sua nobis*. n. 7. h. t. Quia semper appellare licet super diverso gravamine, sive articulo. n. 314 - Dicitur secundo, *eidem ter appellare non licet*. Nam si modo, una modo altera pars succumbat, cuilibet bis appellare licet ... 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 facultatem appel-

¹⁰⁶ Cfr. GUGLIELMO DURANTE, *Speculum Iuris* cit., § *Quoties*, f. 372 ra-b, va; Glossa (Giovanni d'Andrea) s. c. *Ut Calumniis* (ed. Lugdunensis, p. 126 s.); GIOVANNI D'ANDREA, *In Secundum Decretalium* cit., De Appellationibus etc. (rubrica), Cap. XXXVIII, f. 261 rb, Cap. LXV, f. 285 rb-va.

landi tertia vice: potestate 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 ... Potest insuper tunc peti restitutio in integrum, servatis tamen aliis de iure servandis ... Tandem potest etiam supplicari principi, non obstante gemina appellatione ...¹⁰⁷ E queste precisazioni si ritrovano presso tutti gli autori, come si è sopra riferito, i quali chiariscono ulteriormente il tema, come fanno ad es. il Ferraris "n. 25 - In eadem causa non potest ab eodem tertio appellari a Sententia, quae fuit bis confirmata ... n. 29 - Posset tamen ab eodem appellari pluries v.g. centies, et millies, si centies et millies gravaretur super diversis articulis, licet in una eademque causa ... n. 30 - 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 utrique 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. n. 31 - Sicuti pariter dicendum est de eo, qui non successive, sed interpolatim modo uno, modo altero litigantium appellante tres habuit conformes favorabiles sententias ..." ¹⁰⁸ e soprattutto lo Schmalzgrueber "... In eadem causa a sententia definitiva bis appellari potest, quod si autem illa bis fuit confirmata, tertio non admittitur appellatio ... 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 ... 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 ..." ¹⁰⁹.

Questa lettura dello *ius vetus* ha il suo riscontro nel momento redazionale del *Codex* '17 e della *Lex propria S. Romanae Rotae*, sul quale si è ampiamente riferito. Ed essa consente di ribadire la continuità della logica sistematica del diritto processuale canonico in materia, che, nonostante le chiarificazioni normative codiciali del '17 e del '83, non sembra aver conosciuto una soluzione della sua continuità. In verità, alla luce di detta lettura appare chiara la motivazione storica e sistematica del principio canonistico della *doppia sentenza conforme* e si intravedono, inoltre, sia il suo momento causale individuato nei limiti e nei modi dell'*appellabilità* della sentenza, sia la sua destina-

¹⁰⁷ A. REIFFENSTUEL, *Jus Canonikum Universum* cit., p. 439, nn. 312-315.

¹⁰⁸ L. FERRARIS, *Bibliotheca* cit., voce *Appellatio*, p. 137 s., nn. 25, 29, 30, 31.

¹⁰⁹ F. SCHMALZGRUEBER, *Jus Ecclesiasticum Universum* cit., p. 504, n. 67.

zione alla *res iudicata*. E, in particolare, essa rende comprensibile la funzione della *terza istanza canonica*, attribuita in via ordinaria al Tribunale della Rota Romana ¹¹⁰, nonché a quale titolo la *terza istanza canonica* non debba ritenersi preclusiva di ulteriori istanze, secondo quanto dispongono le norme costituzionali (cost. ap. *Pastor Bonus*), quelle codiciali '17 e '83 e le *Regulae servandae* con le successive *Normae* del medesimo Tribunale ¹¹¹ in sintonia con la prassi dello *ius vetus* illustrata dalla dottrina ¹¹².

B) Avendo presenti la valenza della *doppia sentenza conforme* e la funzione della *terza istanza* nel processo ordinario canonico, è possibile cogliere analogie e differenze quanto alla qualificazione normativa ed utilizzazione che gli stessi istituti hanno nell'ordinamento processuale sammarinese. Al riguardo, facendo richiamo alle asserzioni sopra premesse è possibile darne una migliore motivazione, mediante una composizione del dato legislativo e della sua interpretazione giurisprudenziale ¹¹³.

a) I due istituti della *doppia sentenza conforme* e della *terza istanza* sono regolati nelle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* al Liber Quartus De *Appellationibus* ¹¹⁴. Da una lettura coordinata delle seguenti Rubriche.

(1) Rubrica II. *De officio, et iurisdictione Dominorum Judicum appellationum, et de appellationibus interponendis ab eis*. § 666 "Statuimus, et ordinamus, quod Domini Judices appellationum praedicti sint [cfr. Rubrica I. *De electione Dominorum Judicum in causis Appellationum* § 665], et esse debeant Judices appellationum, et nullitatum, et reclamationum, restitutionum in integrum principaliter etiam propositarum, et reductionum ad arbitrium boni viri, etiam ab arbitris, et arbitratoribus, licet possint etiam partes super iis recurrere

¹¹⁰ Cfr. in P. MONETA, *Ordinamento giudiziario* cit., 907 s., ove si accenna ad altri tribunali di terza istanza costituiti in alternativa alla Rota Romana per privilegio pontificio: in particolare si menziona il tribunale detto Rota della Nunziatura Apostolica in Spagna. Ma in passato esistevano anche i tribunali che facevano capo ai Primate e di questo argomento si è parlato da parte dei Consultori nella redazione del *Codex* '17 affermando che "di fatto le prerogative dei primati sono abolite" ed insistendo, tuttavia, sulla necessità che fossero abolite le consuetudini esistenti "perché dalla costituzione della III istanza dipende molto tutta la procedura", v. in merito *supra* nt 21.

¹¹¹ Cfr. *supra* ntt. 34, 35, 36, 39, 40.

¹¹² Cfr. *supra* ntt. 107, 108, 109.

¹¹³ Cfr. *supra* nt. 101 e *Questioni aperte: la terza istanza fra rito e merito* (Materiali per il Seminario 14-15 febbraio 2003, a cura dell'Istituto Giuridico Sammarinese).

¹¹⁴ V. in *Leges Statutae* cit., p. 158 ss.

ad ordinarios in casibus in quibus iure communi permittitur"; § 667 "Et in appellationibus interponendis, et nullitatibus dicendis a dictis Dominis Iudicibus appellationum, vel gestis ab eis, et ab aliis Officialibus dictae Terrae ad Consilium duodecim ipsius Terrae debeat appellari, et ipsi in illis sint, et esse intelligatur Iudices competentes. Qui possint dictam appellationis causam committere alicui probo viro partibus non suspecto in Territorio, vel extra ...";

(2) Rubrica. III *De appellationibus, et querelis interponendis ab interlocutoria, gravaminibus, et nullitatibus* ... § 671 "Quicumque senserit se gravatum ab aliqua interlocutoria, praecepto, vel gravamine, quod dicto, vel facto diceretur inferri, a tali gravamine, interlocutoria, vel praecepto possit, et sibi liceat appellare, provocare, et de nullitate dicere, et querelare ...";

(3) Rubrica IV. *De appellationibus interponendis a diffinitivam* ... § 682 "Cupientes unicuique iustitiam administrari, et attendentes, quod iudicium unius jus potest laedere plurimorum, et quod illud iudicium recta dicitur veritate fulciri, quod plurimorum sententia comprobatur, statuimus, quod quilibet qui se gravatum, vel gravari posse ab aliqua sententia diffinitiva sentiret, possit, et sibi appellare liceat viva voce ab ipsa diffinitiva sententia tempore latae sententiae, et per totam diem latae sententiae, etiam postquam Iudex a banco recessit, postea vero in scriptis appellare possit, et debeat infra decimum diem tantum a die latae sententiae numerandum ...";

(4) Rubrica V. *De appellationibus interponendis ab interlocutoriis habentibus vim diffinitivae* § 695 "Statuimus, et ordinamus, quod si contigerit appellari ab aliqua interlocutoria, quae vim habeat diffinitivae, idem modus, tempus, et forma in omnibus, et per omnia quoad tempus appellandi, et appellationem introducendi, servetur, quae in appellando a diffinitiva servantur ...";

(5) Rubrica VII. *Quod non liceat nisi semel tantum appellare, et de duabus sententiis conformibus* § 697 "Finem litibus imponere cupientes, statuimus, et ordinamus quod a sententia lata per Iudices appellationum super appellatione interposita a quacumque sententia, interlocutoria, vel diffinitiva, non liceat ulterius appellare, nec aliquo modo reclamare, nec supplicare, etiam per modum recursus, quando sententia Iudicum concordat, et conformis est cum prima sententia a qua fuerit appellatum"; § 698 "Si vero sententia Iudicum appellationis discordat a prima sententia, et aliqua partium ab ipsa sententia Iudicum appellationis discordante a prima, ut supra, diceret se gravatam, possit petere, ipsam sententiam Iudicum, in partibus non conformibus tantum, revideri cum consilio sapientis infra octo dies a die latae sententiae numerandos"; § 699 "Qua revisione petita Consilium duodecim, coram quo praedicta revisio peti debeat, statuatur terminum partibus duorum dierum ad dandum suspectos et confidatos"; § 700 "Qui suspecti, et confidati debeant per partem nominatim, et

specifice nominari, nec sufficiat in genere nominare, et suspectos allegare"; § 701 "Quod Consilium duodecim praedictum debeat suam sententiam, ut supra, revidendam committere uni ex fidatis nominatis ab utraque parte"; § 702 "Si vero partes in confidatis non essent concordantes, tunc si appellatum fuerit a sententia Iudicum appellationis lata super appellatione interposita ab interlocutoria, committat alteri partibus non suspecto cuicumque sibi placuerit, dum tamen committat infra quinquaginta milliaria a Terra Sancti Marini"; § 703 "Si vero reclamatum fuerit a sententia Iudicum appellationis lata super appellatione interposita a diffinitiva, vel interlocutoria habente vim diffinitivae, et partes non essent concordantes in confidatis, tunc Consilium duodecim, vel saltem duae partes ex eo debeant causam revidendam committere consilio cuiuscumque voluerint, dummodo non sit pro suspecto, et specificè ab aliqua partium nominatus"; § 705 "Nec a dicto Consilio possit aliquo modo reclamari, vel appellari in partibus conformibus, ut supra"; § 706 "Et si per aliquam partem suspecti, et confidati infra dictum terminum dati non essent, tunc Iudices, vel Consilium duodecim committat uni ex confidatis alterius partis"; § 707 "Si vero ambae partes fuerint negligentes, committat cuicumque sibi placuerit"; § 709 "Quod si Consultor cui causa commissa fuerit infra quindecim dies postquam acta fuerint exhibita suum Consilium nuncio non reddiderit, committens posit alteri committere servatis omnibus, quae circa primam commissionem servata fuerunt, ut supra",

si evince in modo inequivocabile quale sia la mente del legislatore sammarinese quanto:

(i) all'istituto della *appellatio* (*Cupientes unicuique iustitiam administrari, et attendentes quod iudicium unius jus potest laedere plurimorum, et quod illud iudicium recta dicitur veritate fulciri, quod plurimorum sententia comprobatur, statuimus, quod quilibet qui se gravatum, vel gravari posse ab aliqua sententia diffinitiva sentiret, possit, et sibi appellare liceat* [testo § 682]);

(ii) ai suoi limiti numerici (*Quod a sententia lata per Iudices appellationum super appellatione interposita a quacumque sententia, interlocutoria, vel diffinitiva, non liceat ulterius appellare, nec aliquo modo reclamare, nec supplicare, etiam per modum recursus, quando sententia Iudicum concordat, et conformis est cum prima sententia a qua fuerit appellatum* [rubrica § 697]; *Finem litibus imponere cupientes, statuimus ... quod a sententia lata per Iudices appellationum super appellatione interposita a quacumque sententia, interlocutoria, vel diffinitiva, non liceat ulterius appellare ... quando sententia Iudicum concordat, et conformis est cum prima sententia a qua fuerit appellatum* [testo § 697]);

(iii) alla funzione del *Consilium duodecim* nell'economia del processo (*Si vero sententia Judicium appellationis discordat a prima sententia, et aliqua partium ab ipsa sententia Judicium appellationis discordante a prima ... diceret se gravatam, possit petere, ipsam sententiam Judicium, in partibus non conformibus tantum revideri cum consilio sapientis ...* [§ 698]).

Tuttavia, la medesima lettura non mostra in maniera esplicita a quali fonti normative il legislatore sammarinese abbia inteso far riferimento, né pone in evidenza quale dovrebbe essere, secondo la mente di lui, la configurazione giurisdizionale dell'intervento composito del *Consilium duodecim* e del *consilium sapientis* ai fini della qualificazione della revisione richiesta in *partibus non conformibus* (§ 698), tenuto conto del principio della *duplice sentenza conforme*, stabilito nelle *Leges Statutae* come limite sia dell'*appellatio*, sia anche di altri rimedi (*reclamo, supplica, ricorso* [§ 697]). È quindi necessario, per una migliore comprensione dei testi legislativi citati, procedere all'individuazione delle fonti della legislazione statutaria ed alla precisazione dei punti sui quali dottrina e giurisprudenza controversano, facendo pensare ad ipotetiche lacune normative circa il significato del principio della *duplice sentenza conforme* e la correlativa funzione della *terza istanza* attribuita alla competenza del *Consilium duodecim*.

b) Lo *status* di questa questione è stato delineato dal Palmucci, il quale narando che "Con delibera n. 8 del 27 ottobre 1999 il Consiglio dei XII incaricava la Segreteria di Stato per la Giustizia di risolvere un problema relativo ad una causa civile per la quale il Consulente all'uopo nominato aveva rimesso al Consiglio dei XII un parere che non accoglieva né la sentenza di primo grado né quella di appello" ha sottolineato che il dibattito "sulle reali competenze attribuite al Consiglio dei Dodici, e per esso al Consulente, quando il giudizio civile giunge in sede di terza istanza" è soltanto apparentemente sopito¹¹⁵. Egli riferisce in proposito che "Da un canto vi è chi sostiene che la pronuncia di terzo grado debba esclusivamente limitarsi ad optare per la sentenza di primo grado oppure per quella di appello, dall'altro si ribatte che la stessa pronuncia può ben accogliere principi di entrambe le due precedenti sentenze, fissandone addirittura di nuovi", puntualizzando, con richiamo all'art. 2, n. 1 Legge 5 giugno 1923 n.13 (confermato dall'art. 5 comma 2 Legge 28 ottobre 1992 n. 83), che la discussione è limitata al solo giudizio civile, in quanto in ambito amministrativo la norma dispone "Il Consiglio dei XII a maggioranza e

¹¹⁵ V. in S. PALMUCCI (ed.), *Il principio della "doppia conforme" nella dottrina e nella giurisprudenza del Consiglio dei Dodici*, (San Marino s.d.), p. 2.

con voto palese stabilisce quali delle due sentenze difformi adottare (art. 21, comma 4, Legge 28 giugno 1989 n. 68)"¹¹⁶. Ed aggiunge "L'analisi della giurisprudenza presenta una consolidata tradizione che vede il Consiglio dei Dodici contenersi ad optare per la sentenza di primo grado oppure per quella di appello. Non è dato sapere con certezza se e quante volte un terzo autonomo giudizio non è stato prodotto perché effettivamente non ritenuto necessario oppure per intrinseca convinzione di non potervi accedere a norma di legge. Esistono comunque alcune eclatanti eccezioni a tale consolidata giurisprudenza"¹¹⁷.

Questa problematica, successivamente, è stata fatta oggetto di un più approfondito esame da parte del Caprioli, il quale in una accurata sintesi ha focalizzato i momenti della controversia citando le fonti remote della *terza istanza sammarinese*, la dottrina che le ha fatte proprie e le motivazioni delle opinioni giurisprudenziali che hanno originato il dibattito¹¹⁸. Per la verifica che interessa, concernente la comparazione tra il sistema sammarinese e quello canonistico, è opportuno far rinvio a questa sintesi, schematizzandola nel triplice momento della controversia: (1) la lacunosità della normativa statutaria; (2) la interpretazione dottrinale che fa propria la individuazione delle vere fonti del sistema, (3) la diversità delle opinioni giurisprudenziali motivata dalla differente individuazione della logica sottesa al sistema.

(1) Si è detto che le norme statutarie non fanno un esplicito rinvio a fonti normative più remote. Ma l'assenza di un simile rinvio può essere superata se si aderisce a quanto scrive in merito il Caprioli, ribadendo, con il supporto di autorevole dottrina, che il sistema sammarinese presenta solo una *apparente lacunosità*, "... [il] disposto del D. 42, 1, 28 riempie l'apparente lacuna dello statuto. Qui tutti vedono che lo stesso § 698 non si intende senza il paragrafo precedente (§ 697), come questo a sua volta ripete il divieto di un terzo esame del merito, che aveva trovato sanzione nel Codice (C. 7, 70, un.) ... l'enunciato del § 698, prevedendo un parziale riesame indirizzato ad assicurare la conformità delle sentenze, [fa] sistema ... con la regola posta nel § 697, che esclude un grado di giurisdizione successivo all'appello. E ... l'uno e l'altro enunciato non si [intendono] senza risalire all'unica ragione, che fonda il secondo grado di giudizio e viene espressa nel § 682 ... (nelle parole degli statuari 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

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 3.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 3.

¹¹⁸ Cfr. S. CAPRIOLI, *Promemoria sulla terza istanza*, in *Questioni aperte cit.*, pp. 5-14.

giudizio, come la terza istanza: '... illud iudicium recta dicitur veritate fulciri, quod plurimorum sententia comprobatur'... [Inoltre basta] confrontare i testi [dei §§ citati], 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 pendentem esse, donec competens iudex unam earum confirmaverit*'... [e] sulla costituzione giustiniana accolta nel Codice (C. 7, 70, un.) 'Si quis in quacunque lite iterum provocaverit, non licebit ei tertio in eadem lite super isdem capitulis provocatione uti ..', pure rispecchiata nel *liber Extra* (X, 2, 28, 65: '... illos non potuisse de iure tertio appellare ...', segno eloquentissimo dell'*utrumque ius* ... [n]ello stile delle decretali pontificie *de iure* è la formula del rinvio ricettizio"¹¹⁹.

(2) In dottrina si trova conferma di questo rinvio alle fonti romane e le norme statutarie vengono interpretate secondo la *ratio* ispirata a quelle fonti e secondo quello che viene detto diritto consuetudinario. Attingendo dalla sintesi del Caprioli, rileva la lettura delle annotazioni del Giannini "... 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 in un tribunale che in terza sede conosce bensì del merito della controversia, ma con facoltà eziandio di annullare, 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 ... se le sentenze sono conformi, la terza istanza non viene ammessa; e, se in parte sono conformi ed in parte difformi, la terza istanza ... è ricevibile solo rispetto ai capi riformati, o non confermati ...[perché] si possano avere due pronunce conformi ... 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 ..."¹²⁰, dell'Astuti "Le sentenze di secondo grado sono definitive, 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 ... [la terza istanza] non costituisce un terzo grado di giurisdizione, in quanto, secondo il sistema predominante nella legislazione statutaria medievale e accolto dalle *leges statuta*e, fondato sul principio della 'doppia conforme', il rimedio della terza istanza è ammissibile solo quando la sentenza

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 5, 9, 10.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 13.

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 ... 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'¹²¹, del Bonelli "[la procedura statutaria 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"¹²², dello stesso Caprioli che, commentando l'opinione del Gozi secondo il quale la "inveterata consuetudine che il Consiglio dei XII si uniformi al parere del sapiente, non esclude che la sua maggioranza, operando in modo diverso, emetta altra decisione o nomini altro consulente"¹²³, insiste sul fatto che in questa materia "in un paese a diritto comune [ove] 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 vuole ritenere possibile" si procede per consuetudine e ribadisce che interpretazioni diverse "derivano dal non percepire i tratti che denotano l'ordinamento sammarinese per il vigore del diritto comune"¹²⁴.

(3) Pur ritenendo che il sistema sia sufficientemente suffragato dalle fonti remote e da una sua uniforme interpretazione dottrinale, tuttavia, come precisa il Gualandì "... nell'ordinamento sammarinese ... sono le decisioni giudiziarie, più che l'attività della dottrina, ad esercitare una funzione di guida e di orientamento e a detenere l'*auctoritas* interpretativa ..."¹²⁵. E ciò appare con evidenza dalla circostanza che, nonostante la giurisprudenza presenti una consolidata tradizione sulla configurazione della funzione istituzionale del *Consilium duodecim* nel processo civile sammarinese, esistono "... alcune eclatanti eccezioni" le quali si sono poste in contrapposizione alla logica su cui è stata fondata la giurisprudenza tradizionale, e che hanno il loro peso nella vicenda ermeneutica del sistema: peraltro è prudentemente sottolineato che "[non] è dato

¹²¹ *Ibidem*, p. 12 s.

¹²² *Ibidem*, p. 13.

¹²³ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 14 e in merito cfr. dello stesso S. CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi sul consilium sapientis nel sistema sammarinese*, in ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, *Miscellanea*, 3, luglio 1992, p. 109 ss.

¹²⁵ V. in S. CAPRIOLI, *Promemoria sulla terza istanza cit.*, p. 12.

saper con certezza se e quante volte un terzo autonomo giudizio non è stato prodotto perché effettivamente non ritenuto necessario oppure per intrinseca convinzione di non potervi accedere a norma di legge”¹²⁶.

Si parla di “eclatanti eccezioni” e per giustificare l’espressione è sufficiente scorrere la consolidata giurisprudenza e confrontarla con le motivazioni contrarie contenute in recenti pareri di alcuni Consulenti¹²⁷. In realtà, non si tratta soltanto di eccezioni, ma si è di fronte ad una unica ed articolata argomentazione che intende contrapporre al sistema, divenuto tradizionale, la necessità che in qualsiasi processo trovino armonia il principio di legalità ed il *favor veritatis* così da rendere più giusto ed equo l’intervento giustiziale. A tale argomentazione però, e sempre in sede giurisprudenziale, viene opposta sulla scia della dottrina la logica sottesa al sistema la cui durata secolare non la scalfirebbe bensì ne evidenzerebbe tutta la peculiarità. Con una breve sintesi di alcuni pareri formulati dai Consulenti del Consiglio dei XII, è possibile ricostruire la dialettica delle opposte opinioni e circoscriverne la portata ai fini di una migliore intelligenza di quello che viene ritenuto il sistema tradizionale.

(i) Il Consulente Iemolo ha introdotto la menzionata argomentazione che doveva contrapporsi al sistema tradizionale. Egli, partendo da una equiparazione del principio sammarinese della *doppia sentenza conforme* a quello canonico codiciale (can. 1902 *Codex* '17), fondata sulla certezza che quest’ultimo esprima la continuità normativa del diritto comune, concludeva che la norma codiciale “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”, ritenendo ciò conforme all’antica previsione nel senso che “dove il giudice di primo grado e quello di secondo grado siano del medesimo avviso, non vi sia luogo ad una terza istanza. Non invece nel senso che se vi sia discrepanza, totale o parziale tra due sentenze il giudice di terza istanza debba solo scegliere tra l’una e l’altra e non possa ritenere entrambe in tutto o in parte erronee”¹²⁸.

(ii) Il Consulente Crescenzi ha enucleato le affermazioni dello Iemolo, precisando che “Il sistema delle impugnazioni sammarinesi si regge, al suo apice, su quello che comunemente è designato come principio della ‘doppia conforme’. Questo principio è di facile spiegazione: esso sancisce che quando su di una controversia giudiziaria sono intervenute due pronunce tra di loro in tutto conformi, non si può più dare ricorso ad un ulteriore esame della questione, os-

¹²⁶ *Ibidem*, p. 5: ampia rassegna delle decisioni edite a stampa.

¹²⁷ V. in S. PALMUCCI (ed.), *Il principio della “doppia conforme”* cit., p. 3.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 3 s.

sia non si dà ricorso alla terza istanza dinanzi al Consiglio dei XII. Quando le due pronunce sono conformi soltanto in alcune parti e in altre sono difformi, il ricorso al Consiglio dei XII si dà esclusivamente per le parti difformi ... La funzione [dei §§ 697 e 698 delle *Leges Statutae*], dunque, è soltanto negativa: esse statuiscono un divieto ossia la preclusione a sottoporre a ricorso di terza istanza dinanzi al Consiglio dei XII quelle sentenze o le parti di sentenze che ... tra primo grado e appello contengano una decisione conforme ...”, nelle norme statutarie “viene data [rilevanza] alle *partes* delle varie sentenze, ossia alla circostanza che ogni sentenza può articolarsi per capitoli [il che] dimostra che le decisioni rispettive sui singoli capitoli di ogni sentenza – di prima istanza o di appello – assume, per effetto della legge stessa, carattere di autonomia logica e concettuale ... [e] se su ciascuno di tali capitoli non sia intervenuta una doppia decisione conforme, ciascuno di essi è, da parte del Consiglio dei XII, oggetto di specifico esame ... Ne consegue che compito del consulente e dunque ... [del] Consiglio dei XII non è quello di accogliere integralmente o la sentenza di primo grado oppure quella di appello; il compito del consulente è di valutare il fondamento di ciascuno dei capitoli nei quali queste si suddividono, sui quali non esistano due pronunzie conformi e per ognuno di questi esprimere il parere richiesto ... [peraltro] ogni parte in giudizio ha la possibilità di appellare o di ricorrere contro non soltanto un’intera sentenza che le dia torto, ma anche contro alcuni suoi specifici capitoli. La podestà giurisdizionale [del] Consiglio non è nemmeno 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 ... L’enormità dell’errore di una tesi contraria risulterà evidente quando si pensi che obbligare il Consiglio dei XII a scegliere tra due precedenti sentenze può significare obbligare ... a scegliere tra due sentenze che per avventura risultassero entrambe ingiuste ... significherebbe accettare [l’eventualità] che il Consiglio dei XII, piuttosto che pronunciare una decisione conforme a diritto, scelga una sentenza meno iniqua di un’altra, qualora avvenga ... che entrambi i giudici, di primo grado e di appello, abbiano errato ... negare che il Consiglio dei XII abbia il potere di emettere una sentenza in tutto o in parte diversa da quelle pronunciate dai giudici di grado inferiore sarebbe come ammettere che [esso] possa consapevolmente emettere una sentenza ingiusta e [solo] attaccabile con *querela nullitatis* ... la formazione della cosa giudicata ... è uno degli effetti dell’autorità del giudice ... [soltanto] che questa autorità rimane sospesa fintantoché una sentenza è impugnabile e si realizza pienamente non soltanto quando esistano due pronunce conformi” ma anche in tutti i casi nei quali viene meno l’impugnabilità (decorrenza dei termini, rinuncia all’appello ecc.): la decisione del Consiglio dei XII ha l’autorità

di cosa giudicata "non perché essa sia conforme ad una delle due sentenze precedenti ma perché l'ordinamento non prevede ulteriore possibilità di impugnazione ordinaria, indipendentemente dalla doppia conformità, che ... è un mero principio di preclusione"¹²⁹.

(iii) Questi concetti sono ulteriormente ampliati dal Consulente Santarelli, il quale premette che "... al Consiglio dei Dodici sono affidate le funzioni giurisdizionali ... per loro natura estese a tutta la materia oggetto della controversia e comportano per il giudice il potere-dovere di decidere liberamente la controversia, la quale con la sentenza di terzo grado giungerà alla sua conclusione grazie al passaggio in cosa giudicata della sentenza stessa" per concludere che il "... Consiglio dei Dodici conserva integro tutto il proprio potere giurisdizionale, usando il quale potrà pronunciare in totale libertà ed indipendenza la sua sentenza". E ha giustificato la sua asserzione precisando che "... se si dovesse ritenere che in terzo grado il Collegio giudicante dovesse limitarsi a far propria una delle due sentenze già pronunziate, questo significherebbe che il Consiglio dei Dodici potrebbe essere legislativamente obbligato a far passare in giudicato una sentenza ingiusta (se fosse in coscienza convinto dell'ingiustizia di entrambe le sentenze precedentemente pronunziate) con l'ulteriore insopportabile conseguenza di obbligare lo stesso Consiglio a pronunziare consapevolmente una sentenza ingiusta destinata per legge a passare immediatamente in cosa giudicata e ad essere suscettibile solamente dei gravami straordinari della *querela nullitatis* e della *restitutio in integrum* i cui presupposti di ammissibilità sono severamente limitati" e stigmatizzando l'opinione tradizionale che definisce "... assolutamente apodittica [perché] si limita a qualche generico riferimento sostanzialmente retorico a una pretesa 'tradizione' della quale tuttavia non è in grado di offrire alcuna prova concreta. Né è vero che questa opinione errata che vorrebbe così gravemente limitato il potere di giudizio del Consiglio dei Dodici, rappresenterebbe una doverosa tutela della legalità e del diritto di difesa delle parti: in realtà ... nel giudizio di terzo grado, come negli altri precedenti, le parti hanno piena conoscenza della materia del contendere (che non può mai essere mutata in nulla) e su questa materia esse hanno tutta la possibilità e tutto il diritto di dire e dedurre fino al momento nel quale la causa viene decisa; sicché la decisione di terza istanza ... anche se potrà disattendere entrambi i precedenti giudicati dovrà pur sempre restare rigorosamente fedele a quei principi (espressi) dagli antichi brocardi ... *ne eat iudex ultra petita partium* e *iudex iudicare debet secundum alligata et probata*"¹³⁰.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 6 ss.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 13-16.

(iv) Il Consulente Ferroni ha poi integrato l'argomentazione dei precedenti Consulenti, insistendo sul fatto che l'orientamento minoritario contenuto in detta argomentazione intende mostrare che il sistema della doppia conformità preclude "il ricorso in terza istanza laddove fra le pronunce di primo e di secondo grado vi sia conformità, non anche nell'interporre al Giudice di terza istanza di dover necessariamente aderire all'una o all'altra fra le sentenze difformi, ben potendo emanare una sentenza nuova che si discosti tanto dalla prima quanto dalla seconda". Ed allo scopo propone, perché sia salva la funzione giurisdizionale del Consiglio, che questo "pur non potendo pronunciare una nuova sentenza che si discosti del tutto, tanto da quella di primo, quanto da quella di secondo grado, non sarebbe, però tenuto a confermare integralmente l'una o l'altra; ben potrebbe, invece, in ordine ai singoli capi di cui sia possibile distinguere il dispositivo delle due pronunce difformi, esprimersi per ognuno di questi, senza che le correlative soluzioni prescelte siano integralmente corrispondenti a quelle assunte, rispettivamente in primo o in secondo grado. In altri ... termini la sentenza di terza istanza potrebbe, ad es., confermare in relazione ad un singolo capo la decisione del giudice di prima istanza, e nel contempo, con riguardo ad altro capo, aderire alla soluzione del Giudice delle Appellazioni Civili ... Le ragioni di tale soluzione nascono ... da profonde esigenze di equità e di giustizia". Il fatto che la tesi tradizionale potrebbe "... condurre ad adottare *forzatamente* una soluzione che si reputa ingiusta, è indice inequivocabile della sua non piena condivisibilità". In risposta alle disquisizioni sulle fonti "... reputa più proficuo indagare sulla *ratio*, sulla funzione del sistema della doppia conformità ... Non si crede di essere lontani dal vero se s'individua la ragione storica del sistema della introduzione del sistema della doppia conformità nell'esigenza di evitare un vero e proprio *decursus ad infinitum* delle impugnazioni ... serve ad impedire (assumendo una valenza meramente negativa e non positiva) ... che quando due sentenze abbiano deciso nella stessa maniera la stessa controversia, non si dia più luogo ad un ulteriore giudizio nel merito. Non può, invece, assumere il significato, positivo, che comunque sia necessario, perché si formi il giudicato, che su una determinata controversia siano intervenute due pronunce conformi. Altrimenti non si spiegherebbe come possa passare in giudicato e divenire esecutiva una pronuncia di primo grado non appellata, come una pronuncia d'appello difforme da quella di primo grado, avverso la quale non venga proposto il ricorso in terza istanza ... Il sistema della doppia conformità nel senso in cui la si intende ... si rivela coerente ad un altro principio che è quello per cui le parti debbono godere di almeno due gradi di giurisdizione, ma non necessariamente di due pronunce conformi nel merito ... Non si vede ... quale ragione impedisca che di-

venti esecutiva una sentenza di terza istanza difforme da entrambe le precedenti, né si riesce ad individuare a quali superiori interessi sovrintenda l'asserita vigenza della regola che vuole la pronuncia del Consiglio dei XII destinata necessariamente a confermare in modo integrale la sentenza di primo ovvero di secondo grado ... il Consiglio dei XII, che decide collegialmente in terza istanza, sia pure sulla base del parere del consulente, non dovrebbe reputarsi vincolato ad aderire pedissequamente all'una o all'altra delle due precedenti pronunce. Ne risulterebbe svilita ... la funzione giurisdizionale dell'organo ...".¹³¹

(v) Il Consulente Caprioli, del quale si è già riportato il pensiero circa l'origine remota del sistema sammarinese, ha ampiamente replicato all'argomentazione che i citati Consulenti hanno opposto a tale sistema. Dopo un esame critico dei testi usati, a suo giudizio, in modo improprio dai sostenitori della tesi contraria a quella tradizionale, egli fonda la difesa di quest'ultima su una lettura coordinata delle *Leges Statutae* e sulle loro fonti romanistiche (C. 6, 42, 32, 1) e medievali canoniche (Decr. 64, 5; Extra 1, 29, 21) ed afferma che "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*' ... Basta confrontare i testi, per vedere come le *leges statutae* si esemplino sul frammento di Modestino accolto nel Digesto (D. 42, 1, 28: '*Duo iudices ... diversas sententias dederunt. Modestinus respondit utramque sententiam in pendentem esse, donec competens iudex unam earum confirmaverit*') ... 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 giustinianea, le differenti sentenze pronunciate da due giudici restino prive di esecutività, finché un giudice competente ne abbia confermata una" [che è ... il detto di Modestino] ... Come nella repubblica sammarinese lo statuto dà vigore al *ius commune* dove lo statuto medesimo, o le sue *reformationes* o le sue *consuetudines* tacciano ... così la formazione del giudicato, quando siano discordi le sentenze di merito pronunciate nei gradi successivi, trova nello statuto una disciplina concorrente con quella di *ius commune*. La quale fu elaborata nella Scuola sulla base del frammento citato (D. 42, 1, 28) e di altri che ad esso dovevano connettersi (ad es. C. 7, 70, un., per l'espresso divieto di un terzo esame). È sulla scorta di quel frammento che

¹³¹ *Ibidem*, pp. 36-44.

si intende la stessa disciplina dettata dalle *leges statutae* sammarinesi ... 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* ... [Pertanto alla] competenza dei Dodici, rigorosamente definita dalle norme, corrisponde la funzione che queste attribuiscono al *sapiens*. Tale è dunque la dialettica della terza istanza: da un canto i Dodici non possono non far proprio il *consilium* ricevuto; dall'altro il *sapiens* non può non determinare quale fra le due sentenze, rese nei precedenti gradi del processo, formerà il giudicato. Tale è il compito che assegnano le norme sammarinesi al consulente, nominato dal Consiglio dei Dodici come prevede l'articolo 6 della l. 13/1923 in attuazione dei §§ 698 e 701-703 dello statuto: esaminare le risultanze, determinare quale delle due sentenze di merito formerà giudicato grazie al voto del Consiglio. Questo è l'oggetto del parere, precisamente circoscritto dalle norme sammarinesi vigenti"¹³².

C) Da quanto illustrato in A) e in B) è facile rilevare che tra i due sistemi, il canonico ed il sammarinese, intercorrono affinità e differenze in materia di *doppia sentenza conforme* e di *terza istanza* prevista per giungere strumentalmente alla stessa. Come detto il sistema canonico ha avuto una sua vicenda storica, la quale, lo ha innovato sotto il profilo normativo, confermando soltanto la continuità del diritto codiciale con lo *ius vetus* dal punto di vista logico-sistematico. Mentre non sembra si possa affermare altrettanto per il sistema sammarinese, il quale ha invece conservato nel tempo il suo duplice profilo, logico e normativo, e, con esso, la propria identità originaria. Alla luce di questo rilievo, quanto alle menzionate affinità e differenze tra i due sistemi si può annotare:

a) Risulta evidente che i due sistemi si richiamano alla stessa fonte giustinianea "*Si quis in quacunque lite iterum provocaverit, non liceat ei tertio in eadem lite super hisdem capitulis provocatione uti* ..." (C. 7, 70, l. un.). Questo è dimostrato: per il diritto canonico dall'enunciato graziano "... *tertio enim in una eademque causa super hisdem capitulis provocare non licet*" (*dictum* p. c. 39, C., II, q. 6); dalle decretali *Directae* "... *ei licuerit in eadem causa bis appellare* ..." (c. 39, X, 2, 28) e *Sua nobis* "rubrica: *Ab eadem sententia ab eodem tertio appellare non licet*" e in corp. "... *illos non potuisse de iure tertio*

¹³² *Ibidem*, pp. 17-36.

appellare" (c. 65, X, 2, 28), dai quali la dottrina antica ha derivato il principio della doppia sentenza conforme, facendolo divenire prassi; a sua volta la clementina *Ut calumniis* (c. 1, II, 11 in Clem) ha precisato tale prassi, con riferimento alla condizione processuale della parte soccombente, stabilendo "... is, qui ... tres contra se in petitorio vel possessorio sententias reportavit, ad agendum de nullitate ipsarum vel alicuius ex eis nullatenus admittatur, donec huiusmodi sententiae plenarie fuerint executioni mandatae" ¹³³. Nel diritto sammarinese lo stesso principio giustiniano è contenuto nelle *Leges Statutae* al § 697 della Rubrica VII, Liber Quartus *De appellationibus* "Finem litibus imponere cupientes, statuimus, et ordinamus quod a sententia lata per Iudices appellationum super appellatione interposita a quacunque sententia, interlocutoria, vel diffinitiva, non liceat ulterius appellare, nec aliquo modo reclamare, nec supplicare, etiam per modum recursus, quando sententia Iudicum concordat, et conformis est cum prima sententia a qua fuerit appellatum" ed al § 705 "Nec ... possit aliquo modo reclamari, vel appellari in partibus conformibus" ¹³⁴.

b) Circa l'autorità competente a conoscere e giudicare in terza istanza entrambi gli ordinamenti, canonico e sammarinese, rispecchiano il passo di Modestino "Duo iudices ... diversas sententias dederunt. Modestinus respondit utramque sententiam in pendentem esse, donec competens iudex unam earum confirmaverit" (D. 42, 1, 28). Il primo, nel contesto dello *ius vetus*, designava la Rota Romana come tribunale apostolico competente nel terzo grado, in particolare con le disposizioni di Pio IV (cost. ap. *In throno iustitiae*) "... 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 magistram, pro litium, et controversiarum inter eos vigentium decisione recurrentibus, longis iudiciorum curriculis sublatis, ac minoribus, quam fieri poterit dispendiis, opportune consulatur. § 2 ... statuimus, et ordinamus, quod de cetero perpetuis futuris temporibus, ad tollendam multiplicationem commissionum, et parcendum laboribus, et expensis litigantium, unica commissio 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" ¹³⁵, dandone conferma con la successiva cost. ap. *Sapienti consilio* di Pio X e la annessa *Lex propria* all'art. 14 § 3 "Iudicat (Sacra Rota) in ultima instantia

¹³³ Cfr *supra* quanto esposto sul tema con rinvio a fonti e dottrina citati nelle ntt. 73-84, 106-109.

¹³⁴ V. in *Leges Statutae* cit, p. 162.

¹³⁵ V. in *Bullarium Romanum* cit., pp. 97, 98.

causas ab Ordinariis et ab aliis quibusvis tribunalibus in secundo et ulteriori gradu iam cognitae, quae in rem iudicatam non transierit, et per legitimam appellationem ad Sanctam Sedem deferuntur" ¹³⁶. Il secondo ha previsto, da sempre, il peculiare organo giurisdizionale detto *Consilium duodecim* collocandolo nell'ordinamento gerarchico dei tribunali sammarinesi, ed ha attribuito a tale organo la competenza della terza istanza nei casi e con le procedure stabilite dalle *Leges Statutae* al § 698 ss. della Rubrica VII, Liber Quartus *De appellationibus* "§ 698 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 ..." ¹³⁷.

c) Queste coincidenze ed affinità esprimono la logica che ha ispirato l'enucleazione delle fonti romanistiche e medievali nei due sistemi: cioè in entrambi è ribadito come preminente il *favor veritatis*.

(1) Nell'antico diritto canonico si affermava: (i) "Sententia determinat causas; et ... imponit stulto silentio, mitigat iras ... Diffinitiva vero sententia a competenti iudice ferri debet ... [c]ausae cognitione et plenaria praecedente inquisitione .. [e]vangeliis semper habitis in praesentia ... secundum quod ei visum fuerit iustum ... auditis, inspectis et cognitis allegationibus utriusque partis ..."; (ii) "... omnium controversiarum est sententia diffinitiva ... curare debet iudex, ut certam ferat sententiam ... notandum est, quod omnis iudex a primordio litis usque ad recitationem sententiae diffinitivae debet semper habere sacras scripturas coram se positas vel saltem in ipsa prolatione sententiae, ut Dei praesentia motus, maturiori consilio et providentia litem dirimat, sciturus, quod non magis iudicat, quam iudicabitur ... ista talis depositio sacrarum scripturarum habetur loco iuramenti et dicitur iudiciale iusiurandum, et ita est observandum ab omnibus iudicibus, ac si corporaliter evangelia Dei tangeretur ...", e, in riferimento a questa definizione della sentenza, veniva definita l'appellatio; (iii) "... iniquae sententiae sive iniqui gravaminis querelam continens ... [i]niquae sententiae querelam continet, cum a diffinitiva sententia provocatur [...]" ¹³⁸. In modo analogo, nel vigente diritto codiciale è stabilito al

¹³⁶ V. in *A.A.S.* 1, (1909) p. 15.

¹³⁷ V. in *Leges Statutae* cit, p. 162.

¹³⁸ V. nell'ordine: (i) RICCARDO DE LACY (Anglicus), *Summa de Ordine Iudiciario*, § XXXV De sententiis (ed. L. Wahrmund, pp. 70, 71); (ii) PILLIO DA MEDICINA, *Summa de Ordine iudiciorum*, P. 3, § 16 (ed. F. Ch. Bergmann, pp. 77, 79); (iii) EGIDIO DE FUSCARIIS, *Ordo Iudiciarius*, § LXXII De appellatione (ed. L. Wahrmund, p. 128).

can 1608 *Codex* '83 "§ 1 Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententia definiendam; § 2 Hanc certitudinem iudex haurire debet ex actis et probatis, § 3 Probationes autem aestimare iudex debet ex sua conscientia, firmis praescriptis legis de quarundam probationum efficacia", ricordando che la pronuncia della sentenza deve sempre avvenire "Post divini Nominis invocationem ..." (can 1609 § 3), attenendosi in ciò agli insegnamenti pontifici¹³⁹.

(2) Anche nel diritto sammarinese, con argomentazione affine, è sottolineata la correlazione tra sentenza ed appello evidenziando al § 682 della Rubrica IV delle *Leges Statutae Liber Quartus De appellationibus* la preminenza del *favor veritatis* con la disposizione "Cupientes unicuique iustitiam ministrari, et attendentes, quod iudicium unius jus potest laedere plurimorum, et quod illud iudicium recta dicitur veritate fulciri, quod plurimorum sententia comprobatur, statuimus, quod quilibet qui se gravatum, vel gravari posse ab aliqua sententia diffinitiva sentiret, possit, et sibi appellare liceat ..." ¹⁴⁰.

(3) In conclusione, nell'ordinamento sammarinese non diversamente da quanto avviene nell'ordinamento canonico, il principio della *doppia sentenza conforme* vale come "... elaborazione dell'istituto dell'appello nel diritto comune ed è inteso ad evitare la proliferazione degli appelli. In forza del detto principio diviene inappellabile la decisione che sia stata confermata dal giudice di grado sovraordinato ..."; invero, come è stato recentemente chiarito dal Consiglio Grande e Generale, aderendo al parere del Consulente Perfetti, la disposizione di cui al § 698 della Rubrica VII, Liber Quartus *De appellationibus* delle *Leges Statutae* "... consente ... di porre in luce due elementi: anzitutto il principio della soccombenza, sicché sarà impugnabile la decisione solo da parte del soggetto che non abbia ricevuto soddisfazione nel giudizio; in secondo luogo, il fatto che l'appello, stante la sua incontestata natura di gravame, si identifica in relazione ai singoli mezzi di impugnazione ed alle specifiche domande proposte ... il principio della doppia conforme deve trovare applicazione con riferimento ai singoli capi della sentenza laddove questi corrispondano

¹³⁹ Cfr. PIO XII, *Discorso alla Sacra Romana Rota*, 1° ottobre 1942, in *A.A.S.*, 34 (1942), p. 338 ss.; ID. *Discorso alla Sacra Romana Rota*, 2 ottobre 1944, in *A.A.S.*, 36 (1944), p. 281 ss.; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al Tribunale della Romana Rota*, 4 febbraio 1980, in *A.A.S.*, 72 (1980), p. 172 ss.; v. anche Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *In charitate iustitia*, 5, (1977), 41 ss.

¹⁴⁰ V. in *Leges Statutae* cit., p. 160.

ad azioni dotate di una propria individualità..." ¹⁴¹. Il che non differisce da quanto è disposto per il processo rotale in modo composito dai cann. 14 § 3, 33 della *Lex propria* e dai §§ 224, 225 delle *Regulae servandae* (ripetuti dalle successive *Normae* del 1934 [art. 161] e del 1994 [art. 107]) ¹⁴². Ed è, a sua volta, una trasposizione delle regole dello *ius vetus*, già viste, "... ab eadem sententia, et super eodem articulo, sive gravamine lata, eidem ter appellare non licet ... tum ne detur processus in infinitum ... tum quia praesumptio est contra eum, qui tam in priori instantia, quam bis provocando ter succubuit ... Dicitur notanter ... ab eadem sententia, et super eodem articulo etc. Nam si quis milies super diversis articulis, licet in eadem causa, gravaretur, posset is toties appellare ... Quia semper appellare licet super diverso gravamine, sive articulo ... licet quis non audiat tertio per viam appellationis, auditur tamen per viam nullitatis sententiae" ¹⁴³.

Nell'uno e nell'altro ordinamento, quindi, la coincidenza sostanziale si riscontra nel fatto che la *res iudicata* è ritenuta il traguardo dell'intero contenzioso giudiziario ordinario e la *terza istanza* è proposta nei due rispettivi sistemi processuali come il più tipico ed utile dei momenti dell'*iter* del processo previsti per raggiungere tale traguardo, giacché in essa, mediante l'uso dello strumento ordinario dell'appello, è definita irrevocabilmente con la *doppia sentenza conforme* la risposta favorevole o contraria alla domanda attorea, rimanendo soltanto salvi i rimedi straordinari della querela di nullità, della *restitutio in integrum* o della revocazione della sentenza. Tuttavia, le affinità lo-

¹⁴¹ V. in S. PALMUCCI (ed.), *Il principio della "doppia conforme"* cit., pp. 49, 50.

¹⁴² V. in *Lex propria*, can. 14 § 3 "(Sacra Rota) iudicat ... in ultima instantia causas ab Ordinariis et ab aliis quibusvis tribunalibus in secundo vel ulteriori gradu iam cognitatas, quae in rem iudicatam non transierint, et per legitimam appellationem ad Sanctam Sede deferuntur"; 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 ..."; *Regulae servandae*, § 224 "1. A sententia rotali definitiva, quae non sit sententiae a S. Rota aut ab altero tribunali editae conformis ideoque non sit confirmatoria, potest fieri appellatio ad turnum proxime sequentem ..."; § 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".

¹⁴³ A. REIFFENSTUEL, *Jus Canonikum Universum* cit., p. 439, nn. 312, 313, 315.

giche che ispirano i due sistemi non escludono differenze fra gli stessi. E si può dire che queste attengono unicamente al diverso ordinamento gerarchico dei tribunali ed alle procedure adottate. Forse una riflessione su tale affermazione potrà servire per comprendere la delimitazione tra la prassi tradizionale e le novità che si intendono suggerire per un adeguamento dell'antico sistema processuale alle moderne esigenze. In realtà, però, detto adeguamento, come è ipotizzato, sembra dimenticare la motivazione istituzionale che finora non ha cessato di giustificarlo, alla stregua di quanto in parallelo sta avvenendo circa le modifiche che si vorrebbero introdurre nell'ordinamento processuale canonico¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Cfr. J. LLOBELL, *Verità e giudicato. La riformulazione del concetto di appello canonico*, in AA. VV. *Verità e definitività* cit., p. 58 "...Il passaggio in giudicato non arreca pregiudizio e [non] mortifica il *favor veritatis* né fa prevalere il formalismo giuridico: se un giudicato è contrario alla verità sarà proponibile la *restitutio in integrum*. Il giudicato presume, semplicemente, che la sentenza di prima istanza non appellata e che la sentenza di appello – quantunque sia difforme da quella di prima istanza – è giusta ammettendo la prova contraria, sebbene questa prova debba essere qualificata. Questo moderato ed equilibrato sistema può sembrare che sacrifichi la verità in favore della certezza qualora sia formulato in modo eccessivamente sintetico ... la tensione verso la verità non è patrimonio esclusivo dell'ordinamento canonico, e gli ordinamenti civili dichiarano senza esitazione l'inappellabilità e il passaggio in giudicato di ogni sentenza di seconda istanza. La modifica del sistema canonico che proponiamo potrebbe servire ... anche per raggiungere l'armonia interordinamentale, incorporando al diritto della Chiesa esigenze insite nella natura delle cose e consoni con la dignità della persona umana".

VICTOR CRESCENZI

Professore associato di storia del diritto nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Urbino

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

1. - *La questione della natura giuridica della delibera di terza istanza del Consiglio dei XII.*

Il primo punto sul quale occorre soffermarci concerne la natura delle funzioni del Consiglio dei XII quale organo competente per la terza istanza. È, questo, un punto pregiudiziale che ha una sua propria rilevanza per la questione qui in discussione. Si è, infatti, revocato in dubbio che il Consiglio espliciti propriamente la funzione giurisdizionale; anzi si è affermato che «il carattere propriamente giurisdizionale della delibera di terza istanza» non può darsi per «certo» essendo tuttora un *quid* «che semmai dovrebbe dimostrarsi»¹.

Non è d'immediata perspicuità la rilevanza che nella questione sulla quale siamo qui chiamati a discutere, ha questa considerazione, ma la si può inferire dal complesso delle asserzioni nell'ambito delle quali è collocata: se la delibera di terza istanza non ha natura giurisdizionale, non ha natura giurisdizionale nemmeno l'attività dell'organo, di cui essa delibera è l'esito, e dunque ne rimarrebbe definitivamente pregiudicato il potere del Consiglio di entrare nel merito della controversia; ma precludere al Consiglio dei XII l'esame del merito della controversia implica precludergli la possibilità di emettere una decisione di essa controversia, che sia diversa da quella di primo grado o di quella del grado di appello: vale a dire, significa precludergli un pieno potere di deci-

¹ Riporto qui di seguito il testo dell'affermazione alla quale mi riferisco, in S. CAPRIOLI, *Promemoria sulla terza istanza* [2002, inedito], in ISTITUTO GIURIDICO SAMMARINESE, *Questioni aperte. La terza istanza fra rito e merito. Materiali per il seminario* [distribuiti in pre-parazione del] Seminario di studi in collaborazione con l'Ordine degli avvocati e notai, 14-15 febbraio 2003, s.d., ma Repubblica di San Marino, 2003, p. 8: «E più ancora si dà per certo quello che semmai dovrebbe dimostrarsi: il carattere propriamente giurisdizionale della delibera di terza istanza: che va inferito dalla disciplina, e non presupposto (tutti sanno che spetta al legislatore dettare precetti, non tracciare teorie)».

dere la lite in terza istanza così da pervenire ad una pronuncia che non si limiti a confermare la sentenza di prime cure o quella di appello. E' per questo che all'affermazione che qui sto esaminando, sebbene sia collocata in una posizione di secondo piano nell'ambito del complesso e articolato discorso sulla terza istanza, deve essere dato un risalto particolare, il risalto che meritano appunto le questioni pregiudiziali.

E' stato revocato in dubbio che la natura giurisdizionale della delibera di terza istanza costituisca un presupposto. A questa tesi si deve opporre che questo presupposto è invece parte integrante della delibera dei Dodici, il cui contenuto è predisposto dal consulente. L'opinione del consulente, dunque, qualunque essa sia in proposito, nel momento in cui accetta l'incarico, non può non essere conforme a ciò che per effetto delle norme vigenti nell'ordinamento assume la configurazione di un mero presupposto. Su questo presupposto il procedimento di terza istanza si regge. In altre parole, come si vedrà, l'ordinamento disciplina il procedimento di terza istanza in modo tale che la natura giurisdizionale dell'organo al quale ne è attribuita la competenza (il Consiglio dei XII) ne risulta configurata come un mero presupposto. Non è quindi il parere del consulente il luogo deputato a discutere la natura dell'attività dell'organo, cui il consulente presta il parere. Invero, un'opinione del consulente che non implichi il presupposto della natura dell'attività dell'organo, così come definita dall'ordinamento, lo pone in conflitto con la funzione che con il suo parere concorre ad esercitare: una funzione, la cui titolarità sta pur sempre in capo al Consiglio, che si avvale del consulente per esplicitarla in concreto nella fase di decisione della lite; il consulente, dunque, partecipa della stessa funzione del Consiglio, e svolge un'attività autonoma nel contenuto, ma funzionalmente strumentale all'esercizio, da parte del Consiglio, della funzione giurisdizionale della quale rimane titolare². Ed è perciò

² La strumentalità dell'attività del consulente nel rito di terza istanza risulta bene analizzata da CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi sul consilium sapientis nel sistema sammarinese*, in *Miscellanea* dell'Istituto giuridico sammarinese, 1992, 3, pp. 115, anche se sarebbe più preciso dire che la delibera del Consiglio che nomina il consulente spoglia esso Consiglio della decisione della causa, nel senso che gli sottrae l'esame del merito della lite commettendola appunto al consulente, che così viene inserito come parte integrante nel procedimento del quale il Consiglio rimane, ovviamente, l'unico titolare. Sicché si può sostenere che la delibera di nomina del consulente non produce, in suo favore, un effetto devolutivo della lite, ma solo della sua decisione; invero, la lite è decisa nel merito dal consulente per effetto della *commissio* che è limitata appunto alla mera decisione; ma ciò non pertanto la lite seguita a giacere dinanzi al Consiglio dei XII che rimane il *dominus* del procedimento, dell'intero procedimento, nel quale quella decisoria è solo una fase; per quanto questa sia importante, non vi si

che invocare una *petitio principii* non è appropriato. In quanto presupposto per così dire legale, la natura giurisdizionale dell'attività del Consiglio non è bisognosa di dimostrazione, a meno di demolire la disciplina vigente in tema di terza istanza. È proprio questo che, semmai, dovrebbe essere preventivamente dimostrato: la necessità logica di negare il presupposto sul quale l'ordinamento colloca la disciplina della terza istanza. Invero, il *principium* della cui *petitio* si tratta è proprio il presupposto consistente nella natura giurisdizionale dell'attività del Consiglio dei XII, presupposto che è fondato su di un precetto, ossia sul diritto vigente, vale a dire su di un elemento formale che finché vigente deve essere ritenuto per esistente e operante. Il che, naturalmente, non esclude la libertà del medesimo consulente di discutere sul piano scientifico e per mezzo di strumenti diversi da quello del parere, ossia nella sede appropriata, tutto ciò che concerne la natura dell'attività del Consiglio dei XII.

In realtà, è proprio dalla disciplina, oltretutto dal semplice dettato normativo, che, naturalmente, ha il suo peso specifico nella questione, che s'inferisce la natura giurisdizionale dell'attività del Consiglio dei XII, come si vedrà meglio più sotto. Sicché, l'affermazione, secondo la quale il carattere giurisdizionale della delibera di terza istanza del Consiglio dei XII dovrebbe essere preventivamente dimostrato risulta del tutto infondata e sebbene possa essere un'opinione teoricamente sostenibile, in ipotesi non lo è.

Il presupposto del quale qui si parla trova il suo fondamento nella sanzione degli artt. 2, c. 1 e 5 c. 1 della legge 28 ottobre 1992, n. 83 *Ordinamento giudiziario*; in particolare l'art. 5 c. 2 testualmente dispone:

Al Consiglio dei XII sono affidate le funzioni giurisdizionali in materia civile ed amministrativa di giudice di terza istanza nei casi [...].

Ulteriore argomento deriva dalla rubrica del medesimo art. 5: *Funzioni giurisdizionali del Consiglio Grande e Generale e del Consiglio dei XII*. La conclusione dovrebbe essere priva di ombre: il Consiglio dei XII, quale organo competente della terza istanza in materia civile e in materia amministrativa è né più né meno che un «giudice», per rimanere al lessico della legge. Da ciò discende la natura giurisdizionale degli atti che esso organo delibera nell'esercizio di tali funzioni, così come definite e collocate nell'ordinamento giudiziario dalla legge n. 83/1992. Se si vuole essere puntigliosamente rigorosi, si potrebbe addirittura sostenere che un consulente, che sia stato investito di una controversia in terza istanza, il quale non condivida un presupposto che deriva da una norma di legge, e dunque che non condivida la disciplina vi-

esaurisce, tanto è vero che la rinuncia alla lite non può che avvenire dinanzi al Consiglio anche se essa si trovi nella fase decisionale del procedimento.

gente dovrebbe astenersi dall'accettare l'incarico in quanto il suo contegno sarebbe inevitabilmente quanto inconciliabilmente in conflitto con il diritto che è chiamato ad applicare.

È tuttavia vero che al legislatore non spetta tracciare teorie, ma dettare precetti³. Però quello contenuto nel primo comma dell'art. 5 della legge n. 83/1992 altro non è che un precetto e non l'enunciazione d'una teoria: un precetto che assolve alla funzione non solo di disegnare la struttura dell'ordinamento giudiziario dello Stato, ma anche di eliminare ogni dubbio sulla natura delle funzioni di alcuni organi, quali il Consiglio Grande e Generale e quello dei Dodici, che sono titolari di competenze eterogenee. Quella norma dispone molto semplicemente che quando delibera in materia di terza istanza il Consiglio dei XII deve essere considerato come un giudice, quali che siano le altre funzioni e la relativa loro natura dallo stesso Consiglio esplicate.

Se è vero che la natura giurisdizionale dell'attività del Consiglio dei XII è un mero presupposto dell'ordinamento perché come organo giurisdizionale esso ordinamento lo qualifica testualmente, non meno vero è che tale natura s'inferisce agevolmente proprio dalla disciplina delle sue funzioni. Si potrebbe, invero, ritenere che anteriormente all'entrata in vigore della norme appena richiamate la natura giurisdizionale della delibera del Consiglio dei XII non fosse certa. In realtà, la rubrica II del libro IV dello Statuto (§ 667) sancisce che per gli appelli interposti dai giudici delle appellazioni al Consiglio dei XII questi Dodici *sint et esse intelligantur iudices competentes*.

Non entro nella questione relativa all'effettivo significato di questa norma, vale a dire se essa disciplini gli appelli interposti dai giudici delle appellazioni per i loro affari (dove quel "dai" introduce un complemento di agente), o costituisca un doppione e un'anticipazione della disciplina che si trova organicamente dispiegata nella successiva rubrica settima del medesimo quarto libro, che statuisce la competenza del Consiglio dei Dodici in tema di terza istanza, sicché quel "dai" introdurrebbe, conformemente all'uso corrente, un diverso complemento, per così dire di moto da luogo. Non vi entro, poiché non è rilevante in questa sede dirimere questa questione, anche se non si può negare che gli argomenti che militano a favore della prima lettura (vale a dire, trattarsi degli appelli proposti dai giudici delle appellazioni per i loro affari) sono senz'altro più persuasivi; a quelli esposti nel documento che costituisce la base di questa discussione⁴ aggiungo che una diversa lettura del § 667 renderebbe

³ Così CAPRIOLI, *Promemoria*, p. 8.

⁴ Citato *supra* alla nota 1, dove viene inutilmente e sbrigativamente celebrato un piccolo processo alle intenzioni, in quanto l'utilizzazione dell'argomento derivante dal § 667 dello

inutile il precetto, poiché la competenza del Consiglio dei XII in tema di terza istanza è sancita e disciplinata, come ho appena detto, nella successiva rubrica settima; con il § 667, invece, si vuole costituire il giudice competente per gli appelli nei quali i giudici delle appellazioni in carica fossero parti, dei quali essi non avrebbero potuto essere investiti. Ma si vuole anche eliminare qualsiasi dubbio in ordine alla natura della giurisdizione del Consiglio dei XII, sicché la norma del § 667 chiarisce che la giurisdizione del Consiglio, per espresso dettato legislativo, sebbene verta in materia di appelli, ai quali sono normalmente preposti i giudici delle appellazioni, non deriva al Consiglio per delega di questi ultimi, ovvero di alcun altro giudice, ma gli è attribuita direttamente dalla legge. Il punto non è di secondaria rilevanza, alla stregua della struttura della giurisdizione in età di antico regime e segnatamente nell'esperienza di *ius commune*, in quanto la distinzione tra organi giurisdizionali titolari di giurisdizione e organi giudiziari la cui giurisdizione è derivata *per delegationem* dei titolari, come tra poco si vedrà, incide sulla struttura dei relativi poteri. È per questo che al precetto è impressa una struttura che insiste sull'*esse* (*iudices competentes*) e sull'*intelligere esse* (*iudices competentes*): dire che essi sono *iudices competentes* serve ad identificare il giudice appunto competente per questi particolari giudizi di appello; dire che essi si debbono intendere per *iudices competentes* serve per sancire in capo al Consiglio la titolarità dell'ufficio per diretta e immediata attribuzione della norma statutaria, impedendo che si radichi ogni qualsiasi opinione contraria, posto che la titolarità generale per i giudizi di appello è attribuita agli *iudices appellationum* (§§ 665 ss.)⁵.

Indipendentemente da ciò, rimane fermo l'argomento letterale che deriva da questo § 667, che sancisce la natura giurisdizionale del Consiglio dei XII.

Statuto sarà stato pur mal rifinito per non essere stata perfettamente intesa, o anche per essere stata decisamente fraintesa la disposizione statutaria in questione, ma non era rivolta callidamente a «far credere» alcunché, anche perché, come espongo qui sopra nel testo, che si accolga l'uno o l'altro significato, l'efficacia dell'argomento rimane inalterata.

⁵ Il § 665 (lib. II rubr. I – *De electione dominorum iudicum in causis appellationum*) qualifica gli *iudices appellationum* come *iudices ordinarii*, vale a dire giudici titolari della propria giurisdizione, e dunque non delegati; inoltre ne qualifica come «ordinaria» la *iurisdictio* (cpv. 4): «Firma remanente eorum ordinaria iurisdictione, officio, et auctoritate, in ceteris quibuscumque causis appellationum, et ut infra in sequenti Rubrica [rubr. II del medesimo lib. I, §§ 666 ss.]»; il § 666, poi, delinea le competenze dei giudici di appello, ma contiene una disposizione non chiara, in quanto ammette che «licet possint etiam partes super iis [scil.: *ab arbitris et arbitratoribus*] recurrere ad ordinarios in casibus in quibus iure communi permittitur», dove non è d'immediata comprensione chi siano questi *ordinarii* cui possano ricorrere le parti d'un arbitrato, intesa quest'ultima locuzione in un'accezione non restrittiva.

In altre parole, esso è organo giurisdizionale nel XVII secolo in materia di gravami proposti dai giudici delle appellazioni per i loro affari; è giudice ai sensi della rubrica settima del quarto libro, anche se la natura giurisdizionale delle loro funzioni non è dichiarata espressamente dalla legge –ma non ce ne sarebbe stato bisogno, ricavandosi dalla struttura dei poteri loro affidati e in generale dal contesto–; è, ancora, giudice nel secolo XX, ai sensi dell'art. 1 della legge 5 giugno 1923, n. 13⁶; è, infine, e senza necessità di ulteriore indagine, giudice in questo secolo XXI e per il futuro, fino a diversa disposizione, essendone la qualità giurisdizionale delle funzioni ribadita con la legge n. 83/1992 attualmente vigente, ovvero, almeno finché sarà effettivamente vigente quest'ultima disposizione, tenuto conto dell'art. 9, c. 3 della legge 26 febbraio 2002, n. 36 di *Revisione della legge 8 luglio 1974, n. 59 Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese*, la quale, pur non mettendo in discussione la natura del Consiglio, lo spoglia proprio delle competenze di giudice di terzo esame sia in materia civile, sia in materia amministrativa, sia in materia penale (ma quest'ultima competenza qui non è in discussione).

Né costituisce argomento contrario –e non fa cadere l'argomentazione che qui vado sviluppando in una *petitio principii*– la considerazione del § 697 (lib. IV, rubr. VII, *Quod non liceat nisi semel tantum appellare, et de duabus sententiis conformibus*). La lettura del quale, conviene che sia condotta tenendo presente sempre, per rigore sistematico⁷, il precetto di D.1,3,24, pena l'approdo ad esiti paradossali. È, invero, proprio contrario allo *ius civile* –e viola appunto il precetto di D.1,3,24– affermare che il § 697 sancisce un espresso divieto di terzo esame nel merito. Se ci si limita alla lettura degli otto undicesimi del § 697, secondo la stampa delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini* (col. a della pag. 162 della *Raccolta delle leggi e decreti della Repubblica di San Marino*, Città di Castello, 1900) –e si ignora il successivo § 698 e poi anche il § 699, e perfino del § 705 (ovviamente, nella lezione più sensata che di recente è stata fornita: v. *infra*)– si può anche contrarre la convinzione della vigenza, nell'ordinamento della Repubblica, di quel divieto, che del resto, con uso consueto di un *idolon tribus* (basato sull'uso retorico d'una formulazione con la quale ci si propone d'incutere nel destinatario generico di una norma l'impressione che questa volta si fa veramente sul serio) sembrerebbe ribadito dalla stessa rubrica, come l'ho sopra riportata. Se però si prosegue con l'ac-

⁶ «Il consiglio dei Dodici [...] è organo giudiziario e di giustizia amministrativa», da leggere anche in relazione al n. 1 del successivo art. 2.

⁷ All'osservanza del quale invita il CAPRIOLI, *Promemoria*, p. 10.

quisizione delle ultime tre righe, e si tiene conto del § 698 –nonché del § 699 e del § 705, con l'avvertenza di cui sopra–, si vede che non d'un divieto si tratta –sebbene configurato retoricamente, appunto, come tale–, ma d'una disciplina permissiva (ovvero, per altro verso, d'un divieto relativo, moderato da una disciplina permissiva che è, in realtà, quella che veramente si sancisce), che può essere volgarizzata rapidamente così: «Se la sentenza di primo grado e quella in grado di appello sono tra di loro difformi in tutto o in parte, è ammesso ulteriore reclamo limitatamente ai capitoli difformi»; oppure, se si preferisce: «È preclusa l'impugnazione di una sentenza di appello se questa è conforme alla sentenza di primo grado nella stessa causa; se, tuttavia, la sentenza di appello è in tutto o in parte difforme dalla sentenza di prime cure, può essere impugnata, a seconda dei casi, in tutto o nella parte in cui quella è difforme da questa». In altre parole, guardando la disposizione con contegno analitico, essa sancisce un duplice precetto: un precetto negativo di divieto di ulteriore esame della controversia, condizionato alla conformità integrale della sentenza di appello a quella di prima istanza; un precetto permissivo che attribuisce alla parte soccombente in appello il diritto ad un ulteriore esame della causa, diritto che si commisura al grado di conformità della sentenza di appello rispetto a quella di prime cure: ad un integrale riesame della causa in caso di totale difformità; ad un parziale riesame nella misura nella quale la sentenza di seconda istanza non è conforme a quella di primo grado.

Del resto, si tratta della sostanziale riproduzione di una norma del *Codex iustinianeo* (con riduzione, rispetto ad essa, a due dei gradi di appello per un totale di tre gradi di giudizio), e, precisamente, di C.7,70 *un.*, che limita il divieto agli *eadem capitula in eadem lite*, sui quali si sia appellato due volte, ovvero sui quali siano intervenute le tre sentenze conformi, cui si adegua il § 705 dello Statuto, secondo la formulazione recentemente emendata come sopra accennato⁸, ovvero, secondo i §§ 697 e 698⁹. Non c'è dubbio che questa costituisca l'autentica norma di chiusura dei gradi di giurisdizione, indipendentemente dal raggiungimento della conformità (doppia o tripla), come risulterà chiaro più oltre¹⁰, dove si vedrà come questa disposizione sia stata interpretata

⁸ V. *infra* nota 11.

⁹ Cfr., a questo proposito, P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Roma, 1920, rist. in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VI, Napoli, 1976, p. 219, n. 41, nonché pp. 229-232; il Calamandrei, peraltro, fa risalire al diritto canonico il principio della *triplice conforme*, che è invece conseguenza proprio di C.7,70 *un.*

¹⁰ *Contra* CAPRIOLI, *Promemoria*, p. 10, dove non si tiene conto del fatto che *prouocare* vale per *appellare*, sicché C.7,70 *un.* dispone il divieto di quattro esami nel merito della lite (uno

da parte della dottrina di *ius commune*.

Quella è la norma complessa, che non può in alcun modo essere ridotta ad un mero divieto, ad una preclusione secca, poiché le parole «[...] quando sententia iudicum concordat, et conformis est cum prima sententia a qua fuerit appellatum» costituiscono la modulazione della statuizione primaria apparentemente radicalmente preclusiva, contenuta nelle parole «[...] statuimus et ordinamus quod a sententia lata per iudices appellationum [...] non liceat ulterius appellare [...]». È, dunque, inesatto dire che il § 697 contiene un espresso divieto di terzo esame. Del resto, questa conclusione riceve una radicale e rigorosa conferma proprio dal § 705, secondo la lezione sicuramente più corretta e comunque assai persuasiva proposta di recente: sicché, quest'ultima disposizione, suonerebbe così¹¹:

Nec ad dictum Consilium possit aliquo modo reclamari, uel appellari in partibus conformibus, ut supra.

Appunto: nei capitoli conformi (alla sentenza di prime cure, ovviamente sottinteso); in quelli nei quali la sentenza di appello è difforme da quella di primo grado, *possit reclamari, uel appellari*, com'è detto sopra (§§ 697 e 698), diremo parafrasando il testo sopra riportato.

È, dunque, tenendo conto di queste norme che si deve partire per analizzare la struttura delle funzioni del Consiglio dei XII, che altro forse non è che uno dei modi di autoorganizzarsi del *princeps*, vale a dire del *Consilium magnum et generale*¹² rappresentato dal Consiglio dei XII che nel seno del Consiglio Grande e Generale è eletto¹³, tale che se ne può dire sua espressione. Del resto, il *Consilium Duodecim* nasce con funzioni d'indole giurisdizionale; ma la sua scaturigine dal *Consilium Magnum* lo pone in relazione con le forme più elevate e intense di esercizio del potere, in una posizione tale da indurre il legislatore statuario a precludergli immediatamente un'attribuzione che è tradizionalmente di competenza del *princeps*: il potere di grazia. Potrebbe sembrare strano questo divieto collocato nel contesto d'una disciplina istitutiva. Ma a

di primo grado e tre *prouocationes*); le *prouocationes in eadem lite super iisdem capitulis* possono essere soltanto due, per un totale di tre gradi. Non è, invece, pertinente il richiamo di C.42,1,28 e di X.2,27,26 che trattano di altro, vale a dire del rapporto intercorrente tra giudici ordinari e giudici delegati, come si vedrà *infra*.

¹¹ S. CAPRIOLI, *Come leggere lo statuto*, in *Gli antichi Statuti della Repubblica di San Marino. Studi e tradizioni*, Repubblica di San Marino, 2002, p. 60, nota 64.

¹² Cfr. *Leges Statutae*, lib. I, rubr. III, §§ 4 e 5.

¹³ *Leges Statutae*, lib. I, rubr. VI, §§ 9 e 10, integrato e modificato dal Decreto Consiliare 13 ottobre 1921, n. 34.

parte la considerazione, secondo la quale questo Consiglio non è creato dallo Statuto del 1599, dovendosene far risalire l'origine, secondo l'opinione del Malagola ad almeno un secolo prima, tra il 1491 e il 1505¹⁴, quel che si deve sottolineare, in termini di politica legislativa e di storia costituzionale dell'ordinamento sammarinese, è proprio l'evidente intenzione del legislatore statuario di tener separato l'esercizio al più alto livello della funzione giurisdizionale, che è pur sempre prerogativa dell'organo che esercita la sovranità, dall'esercizio di poteri che attengono all'amministrazione della giustizia, qual è il potere di grazia, ma che costituiscono l'eccezione alla giurisdizione in senso stretto, perché ammettono la eliminazione in via straordinaria degli effetti di una pronuncia giurisdizionale sulla base di considerazioni di opportunità e di clemenza. Quest'ultimo potere, che attiene all'esercizio della sovranità (che nell'esperienza di antico regime e segnatamente per gli ordinamenti di *ius proprium* ingloba quella somma di potestà che va sotto il nome di *iurisdictio*, anche se in questa non si esaurisce)¹⁵, rimane riservato all'organo della sovranità, mentre quello giurisdizionale (nell'accezione moderna), cioè strettamente connesso all'applicazione del diritto, si specifica rispetto all'indistinzione della sovranità, sicché l'organo della sovranità se ne spoglia imputandolo ad un altro organo che ne costituisce espressione. Ma se

¹⁴ C. MALAGOLA, *L'archivio governativo della Repubblica di San Marino, riordinato e descritto, aggiunti gli Statuti sammarinesi dal 1295 alla metà del secolo XIV*, San Marino, 1981 (rist. anast. dell'ed. del 1891), pp. 74-75; il Malagola ritiene che il Consiglio abbia avuto, fin dalle sue origini o comunque immediatamente dopo, le funzioni di giudice di terza istanza; a p. 166, inoltre, il Malagola lo colloca decisamente tra gli «antichi uffici giudiziari esistenti nella Repubblica», come «supremo Tribunale di terza istanza, o Consiglio dei XII». Le considerazioni del Malagola sono rilevanti non tanto per il loro contenuto scientifico in ordine alla classificazione delle funzioni del Consiglio rispetto alla struttura dei concetti giuridici relativi alla materia, ma in quanto frutto del punto di vista assunto, ossia quello archivistico, e dunque un punto di vista dell'effettività istituzionale, così come risulta dalla testimonianza dei documenti e dalla struttura dei relativi archivi.

¹⁵ Un tema di complessa fisionomia, un autentico prisma, se l'uso di questa metafora può aiutare a rappresentarne la struttura; non si può dirne di più, qui, salvo formulare l'invito a rileggere la lezione d'un Maestro: F. CALASSO, *Iurisdictio nel diritto comune classico*, negli *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, vol. IV, Napoli, 1953, pp. 420-443, ora anche negli *Annali di storia del diritto. Rassegna internazionale IX (1965) Scritti di Francesco Calasso*, pp. 88-110; F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano, 1957; F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, 1965; cui occorre aggiungere, più di recente, P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969.

rilievo sul piano storico e dell'organizzazione materiale del potere a San Marino, non lo ha sul piano più squisitamente istituzionale e formale, in quanto il *Consilium Duodecim* riceve la titolarità delle proprie funzioni dallo Statuto, vale a dire dalla legge, e non dal *Consilium Magnum*: ed è probabilmente propriamente tale la funzione e l'effetto di questa rubr. VI del primo libro dello Statuto del 1599, ovvero di quello del 1491¹⁶, che interrompe la tradizione dell'indistinzione e innova formalmente la situazione precedente con la specificazione per separazione di alcuni poteri di squisita marca giurisdizionale attribuendoli in via originaria ad un organo *ad hoc*, che comunque con l'organo della sovranità intrattiene intensi rapporti genetici. Anche sotto questo riguardo storiografico, qui troppo rozza mente configurato, la natura giurisdizionale delle funzioni e dell'attività del Consiglio dei XII trova conferma.

Se questo soddisfa tutte le condizioni che noi riteniamo necessarie perché questo riparto di funzioni tra i vari organi dello Stato sia conforme al principio della separazione dei poteri è altro problema (che il legislatore or è appena un anno ha risolto in modo drastico, come ho sopra detto); ma questa considerazione non degrada a *petitio principii* il presupposto della natura giurisdizionale di un organo, e conseguentemente della sua attività quale organo giurisdizionale, che si fonda sulla disciplina che lo riguarda: lo Statuto, la legge del 1923, la tuttora vigente legge dell'ordinamento giudiziario. Se si considerano le cose da quella cima del Giura che è questa complessa disciplina, storicamente stratificata, si vede come il rischio della *petitio principii* grava proprio sulla negazione apodittica del presupposto, negazione che se portata alle conseguenze ultime, finisce per mettere in discussione l'esistenza stessa dell'ordinamento come struttura appunto storicamente stratificata, ma anche altrettanto storicamente determinata.

Non c'è dubbio che dinanzi ad organi quali il Consiglio dei XII, dinanzi alle competenze di cui questi sono titolari e, infine, dinanzi ai procedimenti che ne scandiscono l'attività emerge in tutta la sua prepotenza la radicale singolarità dell'ordinamento nel quale sono collocati: un ordinamento che non è passato per l'esperienza dello Stato moderno che fu anche monarchico, prima, e, conseguentemente, per l'esperienza della Rivoluzione illuminista che contro una monarchia assoluta si dispiega, con il suo portato istituzionale che le era essenziale del principio della separazione dei poteri, così come teorizzata dall'Illuminismo e esperita nella prassi costituzionale che

¹⁶ MALAGOLA, *L'archivio governativo*, p. 75. Degna di nota la denominazione del *Consilium Duodecim* come *Consiglio dei Capitani* rilevata in questi statuti dal Malagola.

ne fu conseguenza¹⁷. Non si può dimenticare che l'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789* negava che una *société*, nella quale la *séparation des pouvoirs* non fosse *déterminée*, potesse ritenersi dotata di una *constitution*¹⁸. E, tuttavia, nostro compito guardare a ordinamenti, al novero dei quali quello sammarinese appartiene, senza dimenticarne la storia, resistendo alla tentazione di applicare alla loro struttura costituzionale, che ne rispecchia una storia antica, un sistema di concetti che storicamente sono loro estranei, concetti che, per quanto siano dotati di razionalità e siano portatori di efficienza, per quanto la loro affermazione sia costata lacrime e sangue, per quanto costituiscano conquiste irrinunciabili della nostra esperienza che anche in loro virtù si dice democratica, se applicati forzando la realtà storica finiscono per funzionare come degli autentici dogmi. La struttura della giurisdizione nella Repubblica sammarinese è fortemente condizionata, ancora oggidi, dalla fisionomia che questa funzione aveva negli ordinamenti che indichiamo genericamente, ma anche assiologicamente di *ancien régime*. Ma appunto di questo si tratta: si tratta di eliminare ogni valutazione che comporti una sovrapposizione antistorica della struttura della giurisdizione vigente nell'Europa continentale, così come si è venuta delineando in conseguenza della sua elevazione a potere costituzionale e della sua definizione in relazione agli altri poteri costituzionali, sopra un'esperienza che non è in grado di recepirli *sic et simpliciter* senza danni. In questo senso, dunque, dire di antico regime non deve implicare un giudizio di valore, ma deve servire a constatarne la storica continuità con esperienze statuali che in ogni caso appartengono ad una tipologia che non ha contribuito alla elaborazione della figura che va sotto l'etichetta di "Stato moderno", né ha contribuito, con la sua storia e con l'esperienza che le è sottesa, alla relativa concettualizzazione, e dunque, era destinata a rimanere appunto empiricamente estranea alla grande Rivoluzione¹⁹.

¹⁷ Temi ripercorsi di recente da R. L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, 1994, pp. 1-82, 181-214.

¹⁸ Eccone il testo integrale: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

¹⁹ E' il Machiavelli ad adottare (conformemente ad una classificazione di ascendenza aristotelica) una distinzione netta tra i tipi di ordinamento, cui appartiene la Repubblica di San Marino, vale a dire, appunto, le repubbliche, e quelli che egli annovera tra i principati, distinzione netta che corrisponde a due trattazioni distinte; ma è ai principati che egli dedica, per così dire *ex professo*, una attenzione particolare con l'opera eponima, mentre alle repub-

La separazione dei poteri di marca illuminista è essa stessa storicamente e ideologicamente determinata. Se non è infondata la proposta di lettura della storia costituzionale sammarinese con riferimento al Consiglio dei XII, della quale ho sopra esposto un embrione, si può opinare che una tensione verso il superamento dell'indistinzione che connota la consistenza della sovranità coacervata in capo all'organo che ne riceve la potestà di esercizio da parte dell'Arengo, vale a dire il Consiglio Grande e Generale, abbia trovato un esito con l'empirica separazione dei poteri o, se si preferisce, delle funzioni realizzata con la specificazione di quella giurisdizionale e la sua attribuzione al Consiglio dei XII nel 1491 e definitivamente nella rubrica IV del primo libro e nella rubrica VII del quarto libro, nonché nel § 697 (Lib. IV, rubr. II) dello Statuto del 1599. Questa separazione funzionale non è, né poteva essere certo conforme a quella che innerva l'esperienza rivoluzionaria del 1789; la quale si è imposta nella storia non necessariamente per sue doti intrinseche, quanto perché risultò più idonea a demolire una struttura monarchica della sovranità propria dell'esperienza dello Stato moderno as-

bliche sembra aver rivolto attenzione nell'ambito dei *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, specificamente nel cap. II *Di quante spezie sono le repubbliche, e di quale fu la repubblica romana*: cfr. N. MACHIAVELLI, *De principatibus*, testo critico a cura di G. Inglese, Roma, 1994, pp. 183-185: [I] «[I] Tutti gli stati, tutti e domini che hanno avuto et hanno imperio sopra gli uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati. [...]»; [II]: «[I] Io lascerò indietro il ragionare delle repubbliche, perché altra volta ne ragionai a lungo. [...]». Ma, appunto, le repubbliche non saranno quelle che subiranno la metamorfosi in Stato assoluto, rette da un monarca, titolare assoluto e integrale della sovranità, moderata in quella struttura per ceti, per stati dalla quale scaturì il processo rivoluzionario. Questo assunse la forma che sappiamo in quanto si rivolse contro un monarca, titolare indistinto di tutti i poteri. Nelle repubbliche l'esperienza della sovranità popolare non venne mai meno, per quanto si sia attenuata o assopita, se, per rimanere al nostro caso, lo statuto redatto sullo scorcio del XVI secolo, nella sua prima rubrica del primo libro, disciplina l'Arengo generale, come il *caput* sotto il quale *cetera membra naturaliter sita sunt*, e se il Consiglio grande e generale è bensì indicato come *princeps* della Repubblica, ma solo in quanto la relativa *auctoritas* e il relativo *imperium* gli derivano per decisione appunto dell'Arengo, ossia dell'assemblea popolare, sia pure intesa nel senso nel quale vanno intese tali assemblee negli ordinamenti di antico regime (composto cioè da *unus homo pro domo*). Nella storia italiana soltanto un'altra repubblica non subì il processo di trasformazione in stato monarchico e fu la Repubblica di Venezia; ma se quella di San Marino riuscì a farsi ignorare dai grandi sommovimenti rivoluzionari di fine Settecento, anche perché diverse ne erano le condizioni politico-strutturali che la contraddistinguevano, come ho appena tentato di notare, quella di Venezia, forse troppo ingombrante, ne fu travolta integralmente, fino alla sua totale dissoluzione, come sappiamo.

soluta, che era quella dominante nell'Europa continentale, sicché se ne può dire in certo modo figlia²⁰. Ma queste sono considerazioni che esulano dalla questione che qui si discute e la loro rilevanza ai suoi fini è stata già sopra messa sufficientemente in luce.

Del resto, è proprio nello sforzo di adeguare l'ordinamento a criteri più moderni che la Repubblica l'anno scorso (2002) ha varato un'ampia riforma costituzionale, che coinvolge la stessa giurisdizione di terza istanza, che potrà più o meno suscitare condivisione o addirittura entusiasmi, oppure critiche asperime, ma che, in ogni caso, dimostra la tensione che caratterizza l'azione di governo in questo specifico momento storico, protesa com'è verso una direzione di omogeneizzazione con le strutture costituzionali degli altri Stati europei, nei quali l'originaria idea razionalistica della divisione dei poteri si accompagna con quella empiricamente più efficiente del loro bilanciamento e del reciproco controllo. Un dato emerge con prepotenza dal processo di riforma che si è messo in moto con la legge n. 36/2002: il Consiglio dei XII ne risulta fortemente ridimensionato, è stato cioè, per così dire, riformato per sottrazione, escludendolo proprio dall'esercizio della giurisdizione, sovvertendo così proprio una radicata configurazione del riparto di competenze tra i vari corpi costituzionali tradizionali, e dunque un'altrettanto radicata idea dell'esercizio della giurisdizione, che evidentemente, però, non è più avvertita come vitale dalla società sammarinese. Non sembra che siano state versate lacrime sul Consiglio dei XII orfano di funzioni tanto delicate e importanti, e del resto che questo organo dovesse essere riformato, ovvero che ne dovessero essere riesaminate e riformate le funzioni, era opinione comune e generalmente condivisa. Sicché ragionare sulla natura della sua funzione come organo competente della terza istanza in materia civile e amministrativa potrà risultare interessante da un punto di vista storiografico, ma non sembra argomento idoneo a produrre effetti pratici sulle vicende future della giurisdizione sammarinese.

²⁰ I connotati ideologici che segnano la grande Rivoluzione francese risulteranno con singolare vivacità dalle considerazioni d'un testimone d'eccezione, dal quale non potremmo certo aspettarci un contegno benevolo, ma che, al contrario, considera con profonda intelligenza quel che ebbe la ventura di vivere e di esperire sulla sua stessa persona e sulla persona dei suoi familiari e sodali; una profonda intelligenza, un *pàthos* e una lungimiranza che possono permetterci di considerare le cose in modo adeguatamente disincantato e critico; cfr. F. R. DE CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe* lib. V, cap. I; v. F. R. DE CHATEAUBRIAND, *Memorie d'oltretomba*, ed. it. a cura di I. ROSI, Torino, 1995, vol. I, lib. V, cap. 1, pp. 155-158.

2. - *La questione della natura giuridica del procedimento dinanzi al Consiglio dei XII*

Disquisire di giurisdizione in termini di concetto puro non è produttivo. I concetti giuridici non hanno uno statuto metafisico, e nemmeno naturalistico, ma sono radicati nell'esperienza, sono le forme di astrazione dell'esperienza, che sola realizza nella concretezza dei soggetti, dei beni (materiali e immateriali) e degli interessi (vale a dire delle relazioni che i soggetti intrattengono con i beni) che costituiscono la realtà sociale, l'ordinamento giuridico, o se si preferisce, la giuridicità dell'ordinamento.

L'esperienza della giuridicità dell'ordinamento, in altre parole, si determina in relazione al processo dinamico attraverso il quale l'ordinamento si realizza. Che questa realizzazione si presenti nella forma dell'obbedienza del soggetto allo *iussus*, al comando astratto, che è astratto in quanto comando, e si fa concreto realizzandosi in esperienza per effetto dell'obbedienza²¹, o che si presenti nella forma dell'azione che promuove il giudizio²² non è qui il caso di approfondire. Certo è che il comando deve realizzarsi nel caso concreto — nel quale da ipotesi di fa realtà — e specificamente in quel caso concreto nel quale un soggetto "A", invocando l'attuazione di esso comando, postula tutela contro un altro soggetto "B" in relazione ad un bene. È per l'attuazione dell'ordinamento, il quale, in ordine al postulato di "A" si riduce al comando di cui questi chiede l'obbedienza da parte di "B", che la società ha creato uno strumento che solitamente e tradizionalmente si indica con il termine "giurisdizione": uno strumento che, sebbene non in via esclusiva²³, appartiene allo Stato, secondo quanto sancisce l'art. 3, commi 16-18 della legge n. 36/2002, nonché l'art. 15 della medesima legge, commi 1, 2, 3, tenendo conto del fatto che per i commi 2 e 3 il testo del 2002 riproduce quello già vigente in virtù della legge n. 59/1974. La giurisdizione ha per fine l'accertamento del fonda-

²¹ G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III, (1938), pp. 252-287, ora in G. CAPOGRASSI, *Opere*, IV, Milano, 1959; v., in part. pp. 136-144.

²² Il Satta ha in varie occasioni esposto la sua critica e la sua teoria dell'azione nella sua relazione con l'ordinamento e la vita sociale dinamicamente intesi; qui, basterà rinviare a S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, nell'*Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, pp. 218-229; v. in part. pp. 221-223; 224-225.

²³ SATTA, *Giurisdizione*, p. 223-224; sulla necessità di riconsiderare con maggior rigore l'istituzione dell'arbitrato richiama l'attenzione il SATTA, *ibidem*, p. 219. E, inoltre, nello Stato italiano, si consideri la giurisdizione in materia di matrimonio concordatario, della Santa Sede.

mento del postulato di "A" in funzione della realizzazione del comando nei confronti di "B", indipendentemente e anzi addirittura contro la volontà di quest'ultimo. La giurisdizione, dunque, è proprio quella «funzione pubblica che si svolge nel processo [che] consiste nella attuazione della volontà concreta della legge, relativamente ad un bene della vita che l'attore pretende da questa volontà garantito»²⁴. L'accertamento, la dichiarazione della fondatezza del postulato di "A", che tecnicamente prende il nome di pretesa, non può provenire da "A", come non può provenire da "B" l'accertamento della fondatezza della di lui negazione del postulato di "A"; né spetta ad "A" ottenere direttamente l'obbedienza di "B"²⁵. Non si vede come a tale nozione di giurisdizione possa sfuggire il Consiglio dei XII, posto che esso realizza quell'ulteriore condizione che al titolare della giurisdizione si richiede, consistente nella terzietà dell'organo che la dispensa rispetto ai soggetti implicati e agli interessi rivestiti da tutela giuridica concretamente in conflitto: terzietà di esso Consiglio, intendo, e del consulente, la cui nomina in contraddittorio ne assicura la estraneità rispetto alle parti²⁶.

²⁴ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, vol. I, p. 35, tenendo conto dell'avvertenza del SATTA, *Giurisdizione*, p. 221 e p. 227.

²⁵ Ed è per questo che, per esempio, alcuni autori considerano la giurisdizione una funzione dotata di «carattere sostitutivo o surrogatorio», tale, in quanto si sostituisce all'attività di altri soggetti, segnatamente di quelli portatori degli interessi contrapposti in attuale conflitto, con ciò intendendo, sostanzialmente, la necessità della qualità di terzo, dell'ente che dispiega la funzione giurisdizionale rispetto al rapporto che coniuga "A" con "B": un rapporto che deriva dalla pretesa di "A", che "A" genera per effetto della pretesa, e che rispecchia l'interesse che "A" vanta nei confronti di un bene, interesse di cui "B" nega la conformità al comando affermata da "A"; cfr. su questa posizione A. SEGNI, *Giurisdizione (in generale)*, nel *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino 1961, pp. 987, 988-989.

²⁶ Non radicalmente diversa è la nozione della giurisdizione che campeggia nella dottrina del Mortara, anche se più focalizzata sulla eliminazione della controversia, ma pur sempre con riferimento rigoroso alla attuazione della norma giuridica «che regola il caso o il rapporto particolare»: cfr. L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1919, vol. I, p. 17. All'interno di un medesimo ordine concettuale si pone l'esito dell'analisi differenziale che il Cammeo esegue tra giurisdizione e amministrazione, sicché si può accogliere, come conforme all'esperienza giuridica, così come rappresentata da questi autori, che «nella funzione giurisdizionale l'osservanza delle norme giuridiche (diritto obbiettivo) è lo scopo, l'unico scopo dell'attività dello Stato; esso, cioè, nulla si propone che *garantire* l'osservanza del diritto, anche se il non osservarlo risponderebbe meglio agli *interessi concreti*, nel caso speciale, sia delle parti sia dello Stato stesso»: cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, pp. 12-13 (corsivi nel testo).

Del sistema normativo ho già ampiamente detto per quel che concerne la disciplina che costituisce il fondamento del presupposto del carattere giurisdizionale della delibera di terza istanza. Essa ha carattere giurisdizionale in quanto giurisdizionali sono definite le funzioni del Consiglio, e dunque giurisdizionale l'attività in esito alla quale la delibera è formata.

Non osta il particolare procedimento che si svolge dinanzi al Consiglio, disciplinato nella rubrica VII del quarto libro dello Statuto, né il modo con il quale quello perviene all'atto che decide la lite, il cui contenuto è predisposto da un consulente nominato in base al procedimento. Del procedimento di nomina non mi occuperò, in quanto esula dalla questione che si sta dibattendo. Dirò soltanto che, per essere fondato sul contraddittorio delle parti, da un lato, ma per la circostanza bensì di essere strumentale alla decisione della lite, nonché di celebrarsi all'interno d'un procedimento strumentale alla decisione della lite, sotto la direzione e per impulso d'un organo statale che ne ha la competenza istituzionale in forma autoritativa e con efficacia vincolante per le parti, una volta che queste abbiano speso il loro potere dispositivo (§§ 699, 700, 701, 702, 703²⁷, 706), appartiene integralmente all'ambito della giurisdizione²⁸. Il procedimento di nomina del consulente, del quale il Consiglio è il custode, costituisce attività giurisdizionale, in quanto garantisce il corretto dispiegarsi del contraddittorio e garantisce la funzione "terza", rispetto alle parti della lite, del consulente, la cui attività è ordinata alla delibera finale del Consiglio. Quanto la posizione del giudice, come soggetto "terzo", rispetto agli altri soggetti del rapporto processuale, sia essenziale appunto al giudizio e funzionale alla realizzazione del fine dell'attuazione del diritto nei confronti delle parti è stato sottolineato dal Capograssi e basterà qui avervi fatto un rapido cenno²⁹: terzo è istituzionalmente il Consiglio e terzo è il consulente cui quello *committit sententiam reuidendam* e che predispone il contenuto della delibera del Consiglio che integra la pronuncia che decide sulla lite.

È lo stesso Statuto che definisce il procedimento di terza istanza dinanzi al Consiglio dei XII specificamente come un appello e, con ciò, se le parole han-

²⁷ Che, ai sensi dei §§ 701 e 703, è particolarmente intenso quando le parti siano concordi nella indicazione dei consulenti *fidati*; intensissimo se l'accordo converge su un unico nome: il Consiglio non ha altro potere che far sua l'indicazione delle parti.

²⁸ Ometto la citazione di specifiche disposizioni a tutti note e comunque agevolmente reperibili nella rubrica VII del libro IV delle *Leges Statutae*.

²⁹ G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, nella *Rivista di diritto processuale*, 1950, I, pp. 1-22, ora in G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano, 1959, pp. 51-76; v., in part., le pp. 67-71.

no un senso, oltretutto un significato letterale, e se si accetta il presupposto che i testi di legge non siano la palestra per l'esercizio di lepidette lessicali, ciò implica l'opinione che si deve presumere come radicata in chi quelle parole ha usato, che il procedimento che si celebra dinanzi al Consiglio ha natura giuridica di processo, di giudizio, attiene all'esercizio della giurisdizione. Più specificamente, *appellatio* è il procedimento del quale ha la competenza il Consiglio: *Si uero partes in confidatis non essent concordēs, tunc si appellatum fuerit a sententia Iudicum appellationis lata super appellatione interposita ab interlocutoria committat alteri partibus non suspecto [...]* (§ 702); con analogo significato: *Si uero reclamatum fuerit a sententia Iudicum appellationis lata super appellatione interposita [...]* (§ 703) – l'equivalenza *reclamari*=*appellari* si ricava dal § 705, indipendentemente dalla questione della lezione, che, per il punto, è ininfluente, anzi, conferma l'equivalenza.

Non appartiene al novero di tali argomenti testuali la formulazione del § 701 (rubrica VII del libro IV)³⁰: qui, apparentemente, "*sententia*" sarebbe detto l'atto con il quale il Consiglio definisce il procedimento dinanzi a sé: *Quod Consilio duodecim predictum debeat suam sententiam, ut supra, reuidendam committere uni ex fidatis [...]*; ma si tratta di evidente guasto nella tradizione del testo della disposizione: quel "*suam*" è di troppo e rende sostanzialmente incomprensibile la disposizione; in realtà ci troviamo dinanzi al fraintendimento dell'abbreviazione medievale della parola "*sententiam*" che subito segue (con il compendio "*sntiam*", o addirittura, più probabilmente, "*snam*", è solitamente abbreviata la parola "*sententiam*" con segno orizzontale sovrapposto nel modo di notazione dei manoscritti e delle stampe antiche), e dunque è un caso di doppia errata lettura della parola "*sententiam*"; di conseguenza, la parola "*suam*" va espunta dal testo, in quanto qui *sententiam* indica la sentenza di appello, quella appunto *reuidendam*, della cui *reuisio* è investito il *sapiens* della cui nomina si tratta.

Il procedimento dinanzi al Consiglio dei XII è dunque un vero e proprio appello, un "secondo appello", secondo una terminologia corrente che non gode, a dispetto di quanto afferma il Giannini, di fondamento statutario³¹; ma, non ostante la carenza d'un appiglio testuale nelle *Leges Statutae*, la

³⁰ Correggo, così, una mia diversa e troppo sbrigativa opinione contraria espressa pubblicamente.

³¹ Non sono riuscito a reperire nel testo dello Statuto la locuzione che T. C. GIANNINI, *Sommaro di procedura giudiziaria civile sammarinese*, Repubblica di San Marino, 1967 (prima ed. Firenze, 1901), p. 117 gli accolla, secondo la quale «L'istituto della terza istanza detto nello Statuto secondo appello [...]».

qualifica di secondo appello è conforme all'*ordo iudiciorum* del sistema e dell'esperienza di *ius commune*. La precisazione ha rilievo decisivo, come vedremo tra breve.

Del resto, se non ha natura giurisdizionale, il procedimento che si celebra dinanzi al Consiglio dei XII per decidere su un reclamo proposto nei confronti di una sentenza di secondo grado non conforme, e nella misura nella quale non è conforme a quella di primo grado, che cosa è? E in che cosa consiste la prestazione del consulente, ossia di un soggetto qualificato professionalmente per la sua conoscenza del diritto, se non nel predisporre un parere professionalmente qualificato, consistente, per così dire, nell'esercizio a regola d'arte della professione, cioè con dispendio, ancora una volta, della sua capacità professionale? E che significano locuzioni quali «*sententiam reuidere, reuidere causam, committere causam*» e simili altre variazioni sul tema se non riesaminare le ragioni giuridiche, ossia il fondamento giuridico delle ragioni dell'una e dell'altra parte nell'ambito di un procedimento, al fine di pervenire ad una terza (e ultima) pronuncia funzionale alla decisione della controversia? E che cosa è, questo, se non giurisdizione contenziosa?

Inoltre, se al Consiglio dei XII fosse precluso il merito della controversia, preclusione che non risulta confermata da alcuna delle norme finora esaminate, ne deriverebbe che esso dovrebbe, tramite il consulente, limitarsi all'esame della legittimità della decisione di appello — è contro questa che è proposto gravame —; ma se così fosse ci troveremmo implicitamente ad affermare che il Consiglio avrebbe funzioni che si situano piuttosto sul versante di quelle corti, la cui competenza era ed è limitata all'accertamento della conformità della sentenza di appello alla legge, comprendendo, in tale configurazione, il controllo sulla sufficienza e coerenza della motivazione; da queste corti, attraverso un processo storico complesso³² è scaturita la figura della cassazione³³. Ora, se una cosa è certa, se su un punto esiste l'accordo più pieno e convinto nella migliore dottrina, è nel negare nel modo più fermo ogni possibile assimilazione del Consiglio ad una corte di cassazione³⁴: si tratta proprio di due istituzioni inconciliabilmente diverse, appartenenti ciascuna ad un ordine concettuale ed empirico, per non dire storico, rispettivamente diverso. L'unico parallelismo che è possibile tracciare con il ricorso per cassazione, semmai, è con il

³² Magistralmente indagato da P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Roma, 1920, rist. in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VI, Napoli, 1976.

³³ Per es., v. l'art. 360 del codice di procedura civile italiano vigente; cfr. S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1967, pp. 390-400.

³⁴ Lo ricorda CAPRIOLI, *Promemoria*, p. 7, nota 6.

giudizio per la *querela nullitatis*³⁵, ma ciò di cui stiamo trattando non rientra nella questione della nullità, sicché a questo punto si deve arrestare l'evoluzione dell'istituto della cassazione. Tuttavia non si può non riconsiderare l'impostazione epistemologica del problema per ricollocarlo su di un terreno non friabile; delle due l'una: o la giurisdizione del Consiglio è una giurisdizione di merito o non è tale; se non è una giurisdizione di merito non può essere altro che una giurisdizione di legittimità, intesa nel suo senso più ampio; però si è appena detto che la giurisdizione di legittimità, nell'esperienza giuridica dell'Europa continentale si chiama querela di nullità, la quale prefigura, se non si identifica, con il giudizio per cassazione. Una giurisdizione di legittimità implica un esito che si concreta o in una sentenza di rigetto del ricorso — con conferma della sentenza impugnata — o in una sentenza di accoglimento, che salvi i casi in cui il giudizio della cassazione non rescinde la sentenza di appello, si concreta in un rinvio ad un giudice diverso da quello che ha pronunciato la decisione impugnata³⁶. Ora, il Consiglio tutto fa, fuorché cassare sentenze di qualsiasi altro giudice, e ancor meno rinviare al giudice di grado inferiore; esso, si dice, *reuidit sententiam appellationis*, dirime un reclamo, giudica su di un *gravamen*. Se non si tratta di giurisdizione di merito e non si tratta di giurisdizione di legittimità nel senso sopra chiarito, se, come si sostiene, addirittura non si tratta di giurisdizione, si tratta necessariamente di attività amministrativa. Però, se si ammette la natura amministrativa del ricorso al Consiglio, e dunque la natura amministrativa dei suoi poteri, si deve ammettere che esso è dotato di poteri straordinari, quelli propri del *princeps*, consistenti nella facoltà di scegliere non la soluzione della controversia conforme al diritto vigente, ma quella più opportuna, alla luce di considerazioni a dir poco temibili, in questa materia, quali sono quelle che invocano il *bonum commune* come alternativo all'accertamento del diritto della parte postulante e il conseguente

³⁵ Basterà rinviare alle fondamentali e finora insuperate indagini del CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit.; v. l'ampia trattazione storica sulle cause di nullità della sentenza cui è dedicata l'intera sezione prima della parte prima (pp. 13-372), nella sezione seconda e, segnatamente, alle pp. 373-394 sono analizzati i rapporti tra gli istituti della querela di nullità, attraverso l'esame del *Conseil des parties* proprio della monarchia francese, e il *Tribunal de cassation*, prodotto non schietto della Rivoluzione: non schietto proprio per i suoi profondi nessi dottrinali e storici con il *Conseil des parties* dell'*ancien régime*. Il tema della storia della *querela nullitatis* era stato trattato in un precedente approfondito studio: P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando» nel diritto italiano intermedio*, nella *Rivista critica di scienze sociali*, a.I (1914), ora in CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. VIII, Napoli, 1979, pp. 147-244.

³⁶ Cfr., ancora una volta, SATTA, *Diritto processuale civile*, p. 415-419.

rispetto della legge. Questa conclusione, tuttavia, confligge con il § 27 (rubr. XXII, lib. I) dello Statuto, letto alla luce degli artt. 1 e 5 della legge 5 giugno 1923, n. 13, sopra citata, nonché con il c. 1, art. 2 della legge n. 83/1992 sull'ordinamento giudiziario, con il c. 2 dell'art. 5 della medesima legge, già ampiamente citate sopra ed infine con l'art. 15 della legge n. 36/2002, con particolare riferimento al c. 2 e al c. 3 per la garanzia dell'indipendenza dei giudici (il cui testo è conforme alla formulazione del medesimo articolo nella legge n. 59/1974), garanzia che si concreta nella soggezione del giudice alla legge in via esclusiva. La conclusione di cui sopra, tuttavia, confligge anche con una considerazione d'indole concettuale: come si può ancorare la delibera del Consiglio al parere del consulente se si ammette che esso ha poteri amministrativi di scelta della decisione più opportuna, scelta che di per sé fa astrazione dal reale fondamento giuridico delle ragioni delle parti in lite? Come si può pensare che il passaggio in giudicato di una sentenza sia la conseguenza d'un provvedimento amministrativo, sia pure di carattere decisorio, che intervenga a sostegno di quella, delle due sentenze, che, sulla base d'un esame delle ragioni delle parti eseguita da un consulente alla luce del diritto vigente – e non delle regole dell'opportunità – appaia appunto la più opportuna, facendo astrazione dagli eventuali vizi di cui una o entrambe le sentenze possano essere gravate? Come si può contaminare amministrazione con giurisdizione alla luce delle norme in vigore? Sono convinto che non sia opportuno procedere per questa strada che ci porterebbe sul terreno infido dell'esercizio d'un potere che mal sopporta i vincoli che governano l'attività giurisdizionale; si tratta proprio d'una direzione che non è consigliabile percorrere perché non se ne conosce l'esito e comunque collide con la storia e la struttura dei poteri del Consiglio.

La conclusione di questa lunga analisi della natura delle funzioni del Consiglio dei XII come organo competente per la terza istanza civile non può essere che una: se è organo giurisdizionale, e organo giurisdizionale di merito, i suoi poteri non possono essere limitati ad una semplice opzione tra la sentenza di primo grado e quella di appello tra di loro discordanti, ma coinvolgono appunto l'esame del merito al fine della pronuncia di una sentenza che sia conforme al diritto vigente, dovendosi escludere nella maniera più ferma che esso possa deliberare una decisione con esso diritto confligente.

3. - La rilevanza di D.42,1,28

Del resto, così nello statuto come nel materiale normativo dottrinale e giurisprudenziale del diritto comune non esiste alcuna norma che limiti le funzio-

ni del giudice della terza istanza all'opzione tra la sentenza di primo e quella di secondo grado, e ne precluda l'accesso al merito della lite che gli è devoluta con l'impugnazione della sentenza di appello. Dell'esistenza di questa norma non è stata data dimostrazione. Un divieto d'ingerirsi nel merito della controversia o più specificamente un divieto di dare una pronuncia che non si limiti alla conferma della sentenza di primo grado o di quella di appello non si trova scritta nello Statuto, ma nemmeno si inferisce dal sistema di *ius commune* cui l'ordinamento sammarinese appartiene. Né costituisce argomento contrario la constatazione dell'esistenza, nel *Corpus iuris civilis*, del precetto contenuto in D.42,1,28, com'è stato in varie occasioni affermato di recente³⁷. Una tale norma si trova espressa soltanto nell'art. 21 della legge n. 68/1989 relativamente al terzo grado della giurisdizione amministrativa³⁸. Dunque, si tratta di norma speciale, che, ammessa per comodità di esposizione la sua reale efficacia³⁹ (mettendo in disparte il dubbio che essa possa confliggere con l'art. 15 della legge n. 36/2002), non può essere estesa alla giurisdizione civile né utilizzata per inferire argomenti d'indole generale: di conseguenza non ne terrò conto nell'esame della questione qui trattata.

In realtà D.42,1,28 non riguarda la materia della terza istanza⁴⁰.

È vero, infatti, che il caso disciplinato dal frammento in questione fa riferimento ad una situazione processuale che risulta sospesa in quanto *duo iudices diuersas sententias dederunt*; ed è altrettanto vero che la situazione *in pendenti* nella quale si trova la lite è definita da un atto di conferma di un terzo giudice che, appunto, confermi l'una o l'altra sentenza. Tuttavia occorre guardare ai particolari: qui si parla di *duo iudices dati* – quelli che *diuersas sententias dederunt* – e d'uno *iudex competens* – quello che *una earum confirmauerit* –; parimenti ed esplicitamente di *iudices delegati* parla il testo di X.2,27,26; «[...] Si uero ex delegata potestate, utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis. [...]». Si tratta, cioè, d'un procedimento che lo *iudex competens* – ossia quello che è titolare dell'ufficio – ha delegato ai *duo iudices dati*, *dati* appunto dallo *iudex competens*: in una simile situazione se i due giudici *dati* danno pronunce contrastanti è necessario che lo *iudex competens* riassuma la causa

³⁷ CAPRIOLI, *Come leggere lo Statuto*, p. 60, n. 164, nonché CAPRIOLI, *Promemoria*, p. 10 s.

³⁸ *Contra* CAPRIOLI, *Promemoria*, p. 11.

³⁹ Perplesità sulla formulazione della norma dell'art. 21 della legge n. 68/1989 esprimeva CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi*, 3, pp. 118, pur senza entrare esplicitamente nella questione qui dibattuta.

⁴⁰ Così come non riguarda la materia della terza istanza la norma di X.2,27,26 che tratta un argomento analogo a quello di cui tratta D.42,1,28.

dinanzi a sé e scelga tra le due posizioni, confermandone una e ciò, aggiungo, non già in virtù del principio maggioritario, ma del valore preminente che ha il giudice titolare del potere giurisdizionale sopra quello derivato da quest'ultimo, dei due giudici delegati.

Si tratta, certo, d'una situazione processuale alla quale non siamo avvezzi perché riguarda una struttura della giurisdizione e, per così dire, dell'ordinamento giudiziario che è del tutto caduto in desuetudine, ma che trova un'eco appunto nel § 667 (rubrica II, libro IV) dello Statuto sammarinese, cui prima facevo cenno, che afferma essere i Dodici *iudices competentes*, vale a dire la giurisdizione dei quali non deriva da una delega, essendo essi titolari dell'ufficio – e questa notazione, come si è visto, costituisce un argomento a favore della tesi, secondo la quale il § 667 riguarda gli appelli proposti dai giudici delle appellazioni sui propri affari.

Agli *iudices dati*, per esempio, si riferisce la costituzione di C.7,62,34,1, che adombra un caso analogo, in cui due o più *iudices dati in unam sententiam minime omnes conuenient, sed diuersas suas sententias unusquisque* sottoponga all'imperatore perché risolva la questione: qui l'imperatore, appunto, detta regole per l'istruttoria della lite prima di prendere la sua decisione. È evidente che qui, in C.7,62,34,1 i *duo* o *plures iudices* non sono rappresentativi di diversi gradi di giurisdizione, ma sono tutti in concorso tra di loro investiti contestualmente della controversia.

Analogamente C.7,64,4 dispone che quando la causa venga delegata a più *iudices dati* e uno solo si sia pronunciato, non è necessario appellare perché la *sententia iure non tenet*; e *non tenet*, in quanto, evidentemente, tutti i delegati devono pronunciarsi.

Non mi dilungherò ulteriormente su questo punto, se non per dire che dalla glossa di Accursio⁴¹ a Giason del Maino⁴², in piena concordia, quel '*dati*' di

⁴¹ ACCVRSII gl. *idest delegati* sulle parole *duo iudices dati* (D.42,1,28), nonché gl. *idest qui eos*.

⁴² IASONIS MAYNI ad D.42,1,28, Lugduni 1542, f.152r-152v: «*duo iudices* Ista lex loquitur in ambiguo non aperiens an isti duo iudices essent ordinarii uel delegati. Ideo habet duplicem intellectum, in gl. i. secundum primum intellectum loquitur in duobus delegatis et hoc dicit sententia duorum delegatorum contrarie stant in suspenso donec altera ipsarum per delegantem confirmetur; hoc dicit et iste est uerus intellectus, ut dicetur infra, in glo. i.; secundum alium intellectum glo., ista lex loquitur in duobus ordinariis et hoc dicit in duplicibus iudiciis in quibus non potest discerni qui actor et qui reus sit; si due sententie diuerse proferantur a duobus ordinariis, utraque sententia stat in suspenso donec altera earum per superiorem confirmetur, hoc dicit et secundum istum intellectum ista lex non est alibi in iure, secundum Bartolum, Angelum, Imolen. et alios hic et secundum Baldum in locis qui allegabo infra in

D.41,1,28 è spiegato nel senso di *iudices delegati* e che il frammento in questione non è riferito ad un caso di doppia sentenza difforme derivante dall'esito di diversi gradi di giurisdizione, ma, appunto, ad un caso di delegazione della giurisdizione in uno stesso grado. Lo stesso titolo del Digesto, per esempio, contiene altri frammenti quali per esempio D.42,1,36 e D.42,1,38 che disciplinano situazioni analoghe, nelle quali la graduazione dei gravami e i rispettivi esiti non c'entrano affatto. Il precetto contenuto in D.42,1,28, dunque, non fornisce alcun argomento a favore della tesi, secondo la quale il giudice di terza istanza non abbia altro potere, se non quello di confermare una delle due sentenze pronunciate dai giudici rispettivamente di primo e di secondo grado, ma non riguarda proprio la materia della terza istanza, ovvero non riguarda proprio la materia degli appelli o, più in generale, dei gravami: semplicemente parla di altro.

Nemmeno per analogia D.42,1,28 può essere utilizzato per individuarvi la fonte d'un generalissimo principio, secondo il quale quando una lite sia pendente per il concorso di due sentenze contrarie, la soluzione consista in una conferma dell'una o dell'altra sentenza da parte di un giudice superiore. Per un'eventuale e ardita applicazione analogica, qui, mancano i presupposti logici; manca in particolare quella *eadem ratio* che la consentirebbe, in quanto, tra l'altro, la *ratio* di D.41,2,28 è una *ratio* specifica, che si definisce con riferimento a due specifiche figure di giudici: lo *iudex competens* titolare d'un potere di conferma e gli *iudices dati* che a quello sono assoggettati, tanto che la loro *sententia* è insuscettibile di divenire *res iudicata* senza la conferma. E non si può da una norma specifica dedurre una *ratio* che ne consenta l'estensione ad una fattispecie d'indole generale qual è quella delle appellazioni. Più precisamente, non c'è dubbio che né il Commissario della legge, né il Giudice delle appellazioni civili nell'ordinamento giudiziario sammarinese sono giudici delegati, sono dati, la cui giurisdizione, cioè, dipende da una delega d'un ufficio

glo i. ubi dicetur de ueritate huius intellectus. 1. [...]. 2. Primus quod contraria procedunt quando sententie contrarie proferuntur a duobus iudicibus ordinariis; set lex nostra loquitur quando proferuntur a duobus delegatis, quia tunc non attenditur fauor alicuius sententie, seu que causa sit magis fauorabilis, set que sententia fuerit per delegantem approbata, ita est textus ualde notabilis et menti tenendus hic. Iste est bonus et uerus intellectus que omnes tenent et pro eo est textus planus in c. fin. in i. et ii. responso extra eodem [X.2,27,26]. Pro isto intellectu bene facit iste textus in uer. dati, quod importat delegationem. [...]. Nunc inquirenda est ratio diuersitatis inter ordinarios et delegatos. Bartolus [...] breuiter respondet rationem diuersitatis esse quia ordinarii habent iurisdictionem suo iure, sed delegati ab alio. 3. Tu dic plenius quod delegati non habent plenam iurisdictionem set funguntur uice delegantis [...] ideo possunt per delegantem quandocumque reuocari».

superiore, che qui sarebbe da identificare nel Consiglio dei XII, che per permettere l'applicazione di D.41,2,28 dovrebbe rivestire i panni dello *iudex competens*. Invero, la giurisdizione del Commissario della legge e quella del Giudice delle appellazioni civili discende direttamente dalla legge, così come direttamente dalla legge discende la giurisdizione del Consiglio dei XII, in particolare, da ultimo, da quell'art. 2 della legge 28 ottobre 1992, n. 83, *Ordinamento giudiziario* sopra citato. È vero che l'origine del *Commissarius* è probabilmente proprio quella d'un giudice delegato dei *Capitanei*, anche se già negli Statuti attualmente vigenti (§ 38, Lib. I, rubr. XXXI), in quanto titolari *in solidum cum Dominis Capitaneis, et quolibet eorum* della *iurisdictio* possono essere qualificati ormai come *iudices competentes*, sia pure *in solidum* in quanto il loro potere discende direttamente dalla norma statutaria; ma semmai il loro rapporto di delegazione si costituirebbe appunto nei confronti dei Capitani, non già del Consiglio dei XII. Semmai, si potrebbe affermare che quest'ultimo, quale scaturigine del Consiglio Grande e Generale, a quelli si giustappone, o forse, meglio, si giustapponeva, nella struttura costituzionale originaria della Repubblica, bilanciandone la posizione nel riparto delle potestà. Comunque la norma del § 38 dello Statuto risulta ampiamente superata dalla successiva evoluzione della costituzione sammarinese, che, passando per la sottrazione ai Reggenti del potere giudiziario perviene da ultimo alla sopra citata configurazione del vigente ordinamento giudiziario, in cui Commissari della legge e Consiglio dei XII derivano i propri poteri e le relative competenze direttamente dalla legge. Comunque, un simile rapporto di delegazione non si potrebbe mai costruire per il Giudice delle appellazioni, il cui ufficio è qualificato come *ordinaria iurisdictio* dal § 665 (lib. II, rubr. I). Insomma, non c'è alcun rapporto gerarchico tra Consiglio dei XII, Commissario della legge e Giudice delle appellazioni civili, né l'efficacia delle loro sentenze, rispettivamente, dipende da una conferma del Consiglio dei XII; tanto è vero che passano in giudicato, sempre rispettivamente, se le relative parti soccombenti non esercitano il diritto di appellare, sia una prima volta davanti ai giudici delle appellazioni, sia una seconda volta dinanzi ai Dodici: con conseguente irrilevanza del precetto sopra citato di C.7,64,4. Anche per questo verso, che è schiettamente sistematico, si vede come il richiamo di D.42,1,28 sia estraneo alla questione che stiamo qui dibattendo ed è inutilizzabile per comprendere l'ampiezza dei poteri del Consiglio dei XII quale giudice di terza istanza.

E, infine, occorre domandarsi se sia metodologicamente coerente da un canto negare che la funzione dispiiegata dal Consiglio dei XII abbia natura giurisdizionale, e nel medesimo tempo affermare che esso ricada sotto l'impero d'una norma –appunto D.42,1,28– che riguarda l'attività di alcune figure di

iudices e le relazioni che tra di loro intercorrono. Occorre stipulare una convenzione: o i Dodici sono un organo giudiziario, e, specificamente, un organo giudiziario competente per la terza istanza altrimenti detto secondo appello, oppure no. Perché se si nega che lo siano, organo della giurisdizione, cade una premessa logica per l'applicazione, nei loro confronti, di un precetto che disciplina i rispettivi poteri di alcuni organi giudicanti ⁴³.

4. – Il problema dell'interpretazione di C.7,70 un.

Al centro della questione qui trattata sta la corretta interpretazione da dare a C.7,70 un., una costituzione che pure è considerata come un dato normativo di indole sistematica, coerente con l'esistenza del divieto, in terza istanza, di una pronuncia diversa dalle due precedenti con limitazione del potere di questo giudicante all'opzione tra la sentenza di prime cure e quella di appello, e dunque con preclusione d'ingerirsi nel merito. In realtà l'interpretazione che di questa costituzione si trova nella tradizione di *ius commune* pone una serie di problemi che debbono essere almeno adombrati qui. Effettivamente C.7,70 un. attiene alla materia dei gravami, e sancisce:

Si quis in quacumque lite iterum prouocauerit, non licebit ei tertio in eadem lite super iisdem capitulis prouocatione uti [...].

La lettura di questa disposizione dovrebbe rendere questa disciplina: chi, nella medesima lite ha interposto appello due volte, non può ricorrere una terza volta sui medesimi capitoli. La prima considerazione che occorre formulare è che questa disposizione non subordina l'operatività del divieto ad alcuna condizione, in particolare non alla condizione della conformità tra le sentenze. Però, anche in questo caso si deve entrare nei particolari e s'illuderebbe chi pensasse che la norma chiudesse a tre i gradi di giurisdizione. Invero, la norma non si rivolge simultaneamente ad entrambe le parti del giudizio, ma a colui che *–is–* abbia appellato due volte *–iterum–*: la condizione per l'operatività

⁴³ In altre parole, non si può negare la qualità giurisdizionale del Consiglio dei XII e dunque non si può negare al Consiglio dei XII la qualità di giudice e poi applicargli una norma che disciplina i poteri dello *iudex competens* sopra gli *iudices dati*, affibbiando al Commissario della legge e al Giudice delle appellazioni una qualificazione di giudici delegati, quando, per assunto di base, sulla natura giurisdizionale di questi non sussiste dubbio –e dunque sono sicuramente *iudices competentes*, nella nomenclatura antica–, mentre viene revocata in dubbio la qualità di giudice del Consiglio dei XII. C'è, in questo modo di procedere, una profonda contraddizione logica che rende, in ogni caso, impossibile applicare alla questione *de qua* il frammento di D.42,1,28 dal quale si vorrebbe trarre un principio di carattere generalissimo tale da coinvolgere i suoi stessi poteri in modo così intenso.

della norma, condizione implicita, è che questi sia risultato soccombente. Sicché la norma si può trivialmente tradurre così: «Pietro, che sei in lite con Martino, e che contro di lui hai perso in primo grado e hai interposto appello contro la sentenza di primo grado, hai perso in grado di appello e hai proposto un secondo appello contro, appunto, la sentenza di appello, se soccombi anche in terzo grado, non puoi pretendere di *prouocare*, cioè appellare una terza volta – *tertio* – sui medesimi capitoli della stessa lite per la quale sei risultato soccombente per ben tre volte»: tre volte in quanto risulta che Pietro ha interposto due appelli e cioè in quanto l'interesse ad appellare lo si può avere solo in quanto si sia ricevuta una sentenza sfavorevole. Che, poi, Pietro debba essere soccombente anche in terzo grado è presupposto necessario della fattispecie di C.7,70 *un.*, perché diversamente non si comprende perché costui dovrebbe avere una qualche pretesa a *prouocare* una terza volta. Ecco dunque qual è la fonte del cosiddetto principio della terza (ridotta a doppia dalla legislazione statutaria) sentenza conforme. Ma, piuttosto che limitativa, questa norma si è rivelata come la fonte d'un'abilitazione, un'abilitazione ad appellare tante volte quante sono necessarie per pervenire ad un triplice sentenza conforme, che non è la stessa cosa che dire che si dispone solo di due gravami in caso di soccombenza: e, si deve sottolinearlo ancora una volta, due gravami per ciascuna parte; quella parafrasi triviale sopra formulata, infatti, si può e, anzi, si deve ripetere pari pari anche nei confronti di Martino, controparte di Pietro, con moltiplicazione in termini combinatori delle relative impugnazioni per pervenire alle tre sentenze conformi e far scattare il meccanismo preclusivo. Tutt'altra cosa dal sistema delle impugnazioni d'oggi, nel quale esse impugnazioni sono due e soltanto due e non, appunto due per parte e non si mira al raggiungimento di alcuna conformità tra le varie decisioni per la formazione della *res iudicata*, la conformità tra due di esse essendo soltanto preclusiva di ulteriori gravami. Ecco perché gli ordinamenti statuari hanno ridotto drasticamente i gravami a due e in quello sammarinese si è attribuita la competenza ad un organo di altissimo rango che chiuda, indipendentemente dalla questione della conformità, la possibile sequela delle impugnazioni.

A dispetto dell'interpretazione correntemente ricevuta da questa disposizione da parte della dottrina e della giurisprudenza di *ius commune*, questa di C.7,70 *un.* non è una norma che costruisca *in positivo* la struttura della cosa giudicata formale. Qui, la cosa giudicata si realizza come effetto indiretto dell'impossibilità, da parte del tre volte soccombente, di *prouocare* una terza volta. Dunque, si realizza espandendo un principio di preclusione, una norma negativa, di divieto.

Se, dunque, si guarda da un diverso punto di vista la norma, si vede chia-

ramente come il disposto di C.7,70 *un.* ammette, riconosce e garantisce alla parte soccombente in primo grado ben due altre pronunce di merito: Pietro, infatti, viene fermato non in quanto abbia già lucrato due pronunce sfavorevoli, ma solo se ne ha ricevute tre: davanti ad una pronuncia di primo grado nella quale sia risultato soccombente, e ad una di secondo (in esito alla prima *prouocatio*) altrettanto sfavorevole si ammette, da parte di C.7,70 *un.*, una seconda *prouocatio*, oltre la quale, però Pietro non può andare se ancora una volta soccombe: non può *prouocare tertio*, vale a dire, non può proporre una terza domanda di appello (per così dire, una quarta istanza). Che è poi quanto sancisce anche X.2,28,65: *non potuisse de iure tertio appellare. De iure*, appunto, vale a dire ai sensi di C.7,70 *un.* Tuttavia, una volta che la necessità della triplice conformità viene elevata a principio, si determina la conseguenza che se Pietro vince il secondo appello, Martino si trova ad essere abilitato ad appellare a sua volta, fino al raggiungimento delle tre sentenze conformi ⁴⁴.

⁴⁴ Cfr. G. DVRANDI *Speculum iuris*, Augustae Taurinorum, 1578 (apud Heredes Nicolai Beuilaque), Pars secunda. Lib. II, particula III, *De appellatione* § Quoties, f. 205vba «8. § Quoties appellandum sit clarum est, quoniam regulariter super quolibet articulo uel grauamine et quolibet interlocutoria ante sententiam, et etiam a sententia diffinitiva bis tantum appellatur et non tertio, ut [...]. Vnde cum multa sint capitula in causa ante litis contestationem, multoties potest appellari; nam super quolibet potest bis appellari, ut dixi, post sententiam tantum bis et secundum hoc intellige [...]. 1. Quod autem dixi «bis» posse appellari tantum a sententia uel a quolibet grauamine, intellige uerum ab eadem parte; nam altera pars poterit etiam super eodem capitulo uel sententia appellare. Si enim appellauero 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 *prouocare*. Si autem confirmatio infirmetur, tu poteris ab illa sententia appellare, quia hoc non est tertia appellatio, sed prima quoad te. Et si iudex appellationis infirmationem sententie infirmat, poteris secundo appellare; ultra tibi non licet. Et sic sunt predicta iura intelligenda. Et secundum hoc super quolibet articulo potest quarto appellari. Et sic obtinuit, licet audierim quemdam contrarium sustinentem, ut tantum bis appelletur, sicut iuris uerba 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 tertio appellare; et sufficit sic scriptum esse [...]. Vbertus [Vbertus de Bobio] dicit, quod non licet tertio appellare, uerum est continue, ut in superiori exemplo; sed interpellatim bene licet, ut in proximo exemplo. Item non licet tertio appellare, uerum est in eo(dem) capitulo, sed in diuersis sic, etiam centies. Et docet talem cautelam, ut appellans appellando et prosequendo dicat primam sententiam nullam, et si iudex appellationis dixerit eam aliquam uel iustam uel non iustam, statim poterit appellare, et centies per hanc uiam, quo dic secundum eum, ut supra [...]. 2. Sed secundum premissa pone: tu habuisti pro te duas sententias confirmatorias et ego pro me alias duas: queritur quis erit potior

Come ho detto, infatti, appartiene alla disciplina di diritto comune il principio, secondo il quale sono necessarie tre sentenze conformi perché l'*iter* dei rimedi si fermi⁴⁵, ammenochè lo statuto non disponga diversamente e limiti a due le sentenze conformi per il passaggio in giudicato della sentenza, come è il caso dello Statuto di San Marino.

Molte sono le cause che hanno prodotto in Europa e segnatamente in Italia la crisi inarrestabile d'un'esperienza qual è stata quella di diritto comune, e non è questa la sede per ripercorrerle. Non c'è dubbio che tra queste si deve annoverare anche l'inefficienza che il sistema delle impugnazioni generava rendendolo inadeguato ad una società in rapida trasformazione (non si dimentichi, per esempio, che nel secolo XVIII ci si trovava alle soglie della rivoluzione industriale, che non fu meno incisiva di quella politica nel sovvertire i rapporti sociali).

Alle radici di questa inefficienza c'è certamente l'elevazione del divieto di una triplice *prouocatio* da strumento di preclusione a condizione per la formazione della cosa giudicata. Non ostante quanto si tramanda, però, come ho appena constatato, C.7,70 un. di per sé non definisce la struttura della cosa giudicata, ma sancisce un divieto di pretendere ulteriori giudizi a chi abbia ricevuto tre sentenze sfavorevoli in una medesima causa sui medesimi capitoli, in esito all'esperimento di due *prouocationes*. Però, perché si siano raggiunte tre sentenze sfavorevoli in esito a due *prouocationes* i gradi di giudizio effettiva-

cum nulli nostrum liceat ulterius appellare. Et uidetur quod originalis reus, quia promptiores sumus ad absoluendum quam ad condemnandum [...]. Imo uidetur, quod is qui prius sententia, obtinuit siue sit reus, siue sit actor, quia pro sententia presumitur [...]. 3. Et iudices appellationum plerumque in peius reformant sententias [...], alias cum quis a pluribus ex noxa eiusdem serui conuenitur, dabitur ei, quis prius ad sententiam peruenerit [...]; sicut et alias inter duos impetrantes, qui primo presentat literas, primo prebendam obtinet [...]. Hoc disputationi duximus relinquendum. 4. Licet autem tertio non appelletur, tamen in integrum restitutio petitur [...].».

⁴⁵ BARTOLI *Comm. ad C.7,70 un.*, in *Secunda Codicis parte Commentaria*, Venetiis (per Baptistam de Tortis, anast. Roma, 1996), 1528, f.90va: «[...] 5. Vltimo quero qualiter intelligatur quod non liceat tertio prouocare, scilicet ei qui in causa appellationis succumbit; sed posset esse quod super diuersis causis ab eisdem partibus interponerentur quattuor appellationes, uerbigratia: actor in prima obtinuit, reus appellauit et obtinuit in causa appellationis; secundo appellauit actor et iterum obtinuit; tertio appellauit reus et iterum obtinuit; quarto appellauit actor et iterum obtinuit: et tunc reus amplius appellare non potest, quia habet primam sententiam et duas appellationes contra se. Ideo non licet ammodo prouocare». Sul principio della *doppia conforme*, cfr., ancora una volta, CALAMANDREI, *La cassazione civile*, p. 229 ss. già sopra citato.

mente esperiti possono essere stati ben più di tre, come dimostra il passo del Durante sopra citato⁴⁶. Infatti, l'ipotesi di tre sentenze sfavorevoli consecutive (un primo grado, un primo appello e un secondo appello in cui Pietro sia risultato sempre soccombente) è semplicistica e di fatto irrealistica: non è su di un'ipotesi del genere che incide la norma del Codice qui in esame. Non per caso, come ho ricordato più volte, gli statuti hanno abbreviato a tre i gradi, nel tentativo di coniugare sacrosante esigenze di giustizia con altrettanto sacrosante esigenze di efficienza della sua amministrazione, e dunque con altrettanto sacrosante esigenze di pervenire ad una verità formale, quale che sia: e dopo tre esami della controversia si può presumere che la causa sia stata vagliata in modo esaustivo e accurato – anche se una tale presunzione, purtroppo, ammette qualche prova in contrario. Ma tra lo statuire un principio di preclusione e il sancire una struttura della cosa giudicata non c'è un'immediata continuità. Voglio dire, che se si trasforma la norma di C.7,70 un. da fonte d'un divieto a fondamento d'un diritto si perviene a costruire una struttura della cosa giudicata che inevitabilmente porta se non al *decursus ad infinitum*, certamente ad una incontrollata moltiplicazione dei gradi di giudizio, che si rivelò insopportabile per l'esperienza di *ius commune*, durante la quale sembra che facesse scandalo una causa che si protraesse per due anni.

È il caso che ha suscitato tanto clamore nel 1992⁴⁷, dal quale ha preso l'avvio una disputa che a me tuttora pare né necessaria né opportuna.

5. – Considerazioni sulla prassi del Consiglio dei XII

Il problema per dibattere il quale siamo riuniti intorno a questa ideale tavola, infatti, non si risolve a colpi di frammenti della compilazione giustiniana o di paragrafi dello Statuto, perché, per quanto li si possa compulsare con maggiore o minore spirito critico e analitico, sarà difficile trovare un argomento testuale che risolva *per tabulas*, e quindi quasi oracolarmente il nostro problema: né il *Corpus iuris ciuilis*, né le *Leges statuta Reipublicae Sancti Marini* sono un codice civile dal quale trarre l'articolo bell'e pronto che ci dica quali sono i poteri del giudice di terza istanza: quelli e non altri; e nemmeno se questi due complessi testuali lo fossero, un codice, si potrebbe dar per scontato

⁴⁶ V. *supra*, nota 44.

⁴⁷ Causa n. 56 del 1987 decisa in terzo grado con delibera del Consiglio dei XII del 3 dicembre 1992 (parere di V. Crescenzi) con accoglimento del parere del consulente che proponeva il rigetto integrale della sentenza di primo grado e una decisione di conferma parziale di quella di appello, con la riforma del *quantum*.

che il principio che andiamo cercando vi si trovi espressamente formulato, o piuttosto squadrato con chiarezza cristallina.

E' per questo, che sebbene venga ampiamente allegata in contrario l'opinione d'un *antecessor* della levatura di Guido Astuti⁴⁸, non mi sento ancora oggi, di accogliere una tesi che porta verso esiti se non aberranti, certamente discutibili, qual è quella, secondo la quale il potere del Consiglio dei XII sarebbe vincolato ad una semplice scelta tra l'una e l'altra sentenza di diverso grado, senza poter valutare il merito delle due decisioni⁴⁹. Sono persuaso che Guido Astuti non si sia mai trovato davanti ad un caso quale quello che ha più di recente dato esca a questo dibattito.

Partiamo dal concreto storico: nel 1992 il consulente si trovò dinanzi ad una causa di divorzio tra coniugi ultrasessantenni che risaliva al 1987 (ma la *querelle* andava avanti da ben prima, cioè da quando era iniziato il procedimento della separazione personale con i conseguenti noti aspetti patrimoniali). La sentenza di primo grado (emanata nel 1990), a parte la questione dello scioglimento degli effetti civili, sulla quale si era formata la cosa giudicata, testualmente «confermava» a carico del marito l'obbligo al pagamento di un assegno, quello stesso assegno che, sotto il vigore del diritto di famiglia precedente alla riforma del 1986, —e dunque sotto il vigore del diritto comune, espressamente poi abrogato dalla legge del 1986— e in relazione all'omologazione della separazione personale precedentemente compiuta, altro non era che un assegno alimentare. In altre parole, il giudice di primo grado, nel pronunciarsi sullo scioglimento degli effetti civili del matrimonio (divorzio) riconosceva alla moglie un assegno alimentare di lire centocinquantomila, riconoscendo in modo plateale la domanda riconvenzionale di questa alla trasformazione di esso assegno alimentare in assegno divorzile (art. 128 della

⁴⁸ CAPRIOLI, *Promemoria*, p. 12 s.

⁴⁹ Rivendico la mia qualità di allievo dell'Astuti e confesso la mia ammirazione incondizionata per il lavoro che questo Maestro ha fatto a San Marino, dimostrando una profonda sensibilità giuridica e, soprattutto, un fermo rispetto per le specificità di questo ordinamento: una lezione che per me è ancor oggi continua e preziosa. Ma le affermazioni del mio Maestro in tema di terza istanza, a mio parere, sono dettate da una persona che non si è mai trovata dinanzi ad un caso analogo a quello cui si trovò dinanzi lo Jemolo oppure a quello, molto più banale, del resto, ma cionondimeno per suo verso spinoso dinanzi al quale mi sono trovato nel 1992 e che ho affrontato, lo dico a mio disdoro, senza conoscere il precedente dello Jemolo. (Del parere dello Jemolo ebbi cognizione solo al momento di stendere il mio parere aggiuntivo). Sicché le affermazioni dell'Astuti valgono nella misura nella quale sono applicabili; ma, come sappiamo *ad impossibilia nemo tenetur* e di fronte all'impossibile occorre che si assumano le doverose responsabilità.

legge n. 49/1986), per un ammontare di lire cinquecentomila; la pronuncia di primo grado, come ognuno vede, era né più né meno che nulla, in quanto data in dispregio d'una legge della Repubblica. Non era tanto l'ammontare di per sé a generare il vizio, quanto l'imputazione dell'assegno e l'assoluto silenzio in ordine alla sua natura, imputazione e silenzio che producevano un effetto deterministico in ordine all'ammontare: in sede di omologazione della separazione personale, il giudicante di prima istanza aveva stabilito a carico del marito la corresponsione d'un assegno di lire 150.000 a titolo alimentare; pronunciandosi sul divorzio, dinanzi ad una precisa richiesta di riconoscere un assegno divorzile per lire 500.000 il medesimo giudicante confermava l'obbligo alle lire centocinquantomila non pronunciandosi sintomaticamente sulla natura dell'assegno, e dunque lasciando sussistere la sua qualificazione alimentare, non considerando una specifica e precisa, nonché chiara norma vigente derivante dall'art. 128 della legge n. 49/1986.

Contro questa prima sentenza la signora X interponeva appello e il relativo giudice di appello non aveva difficoltà ad applicare l'art. 128 dir. fam., ma, in sede di determinazione dell'ammontare dell'assegno, si serviva d'un principio che nell'ordinamento sammarinese non trova nemmeno gli appigli che ha trovato in quello italiano, dell'adeguamento automatico al reddito del coniuge obbligato (l'art. 131 della legge n. 49/1986 prevede la revisione della statuizione dell'ammontare dell'assegno periodico «su istanza di parte, per giustificati motivi sopravvenuti»; la concorrenza di queste due condizioni —e, in particolare, la menzione espressa del secondo— esclude tassativamente che si possa in qualche modo applicare un principio di adeguamento automatico dell'assegno agganciandolo allo stipendio o alla pensione del coniuge obbligato, mentre l'art. 116, richiamato dall'art. 128 riconosce il potere del coniuge affidatario dei figli a provocare una revisione dell'ammontare e delle modalità di somministrazione del contributo; nella specie, comunque, non esisteva questione di contribuzione al mantenimento della prole). Quindi, la sentenza di appello se rispettava la legge sul diritto di famiglia, la violava nella misura nella quale stabiliva che l'assegno dovesse corrispondere al trentatré per cento della retribuzione del marito obbligato. Così facendo, insomma, gravava la sentenza d'un duplice vizio formale: da un canto si basava su una norma inesistente per introdurre un automatismo non previsto dal diritto sammarinese; dall'altro, e di conseguenza, dato l'ammontare della retribuzione del marito obbligato, faceva lievitare l'assegno ad una somma superiore alle lire 500.000, quanto era il *petitum* della signora X. La sentenza di appello, dunque, si presentava sulla soglia della terza istanza corretta per una parte, quella che stabiliva il riconoscimento del diritto derivante dall'art. 128, ma a sua volta viziata

di nullità, in quanto pronunciata, ancora una volta, contro un'espressa norma di legge e *ultra petita*, un'ipotesi di nullità, questa, d'indole quasi scolastica.

Cosa avrebbe dovuto fare il consulente dinanzi ad un caso di tal genere? quale poteva essere la sentenza, delle due, da accogliere, essendo entrambe, l'una totalmente e l'altra parzialmente, nulle? In quel frangente il parere accolse il principio di diritto che, basandosi sull'applicazione dell'art. 128 dir. fam. eseguito dalla sentenza di appello, riconosceva un assegno divorzile alla signora X, creditrice dell'assegno, principio sul quale, essendo intervenute due pronunce conformi –quella di appello e quella del Consiglio dei XII– si veniva a formare la cosa giudicata; corresse poi la sentenza di appello riformulando l'ammontare dell'assegno riportandolo nei limiti del *petitum*, riconducendo così la questione nell'alveo della corretta applicazione della legge sul diritto di famiglia sammarinese.

Questi i fatti. Fatti che ci dicono, nella loro nudità, che se quel consulente, piegandosi ad un principio, questo sì ardimentosamente affermato come vigente nella Repubblica, avesse operato una scelta tra le due pronunce, sulla base di un non-criterio (non saprei identificare quale, tuttavia, essendo totalmente arbitrario qualsiasi criterio diverso da quello della riconduzione della decisione della lite nella legalità), avrebbe comunque predisposto un parere, che costituisce il contenuto della pronuncia del Consiglio dei XII, tale da inficiarla d'una nullità quanto lo erano le due precedenti sentenze; in altre parole, egli avrebbe predisposto al Consiglio dei XII una risoluzione della lite invalida, conoscendone l'invalidità e preconstituendo le condizioni per il protrarsi d'un contenzioso che –considerazione non decisiva, ma poco trascurabile quando dagli *apices iuris* si passi alla drammatica concretezza della vita quotidiana–, tra le altre cose, riguardava due coniugi ultrasessantenni che da almeno cinque anni litigavano per una cifra che si collocava dentro un intervallo tra le centocinquantamila e le cinquecentomila lire.

Per quanto si possa convenire sulla considerazione, secondo la quale i principi non hanno prezzo né valore, non si può negare che un principio che porta ad un risultato tanto aberrante non può essere accolto a quella sia pur storicamente controversa vicenda che fu l'esperienza di *ius commune*; e comunque non può essere vigente a disciplinare l'amministrazione della giustizia nell'ordinamento della Repubblica. È per questo che sono persuaso che non troveremo mai una proposizione che neghi il potere del giudice di terza istanza di esaminare nel merito la lite e pronunciarsi senza essere condizionato formalmente dalle pronunce precedenti, ma nemmeno troveremo una proposizione che lo affermi, questo potere, tanto è impensabile qualcosa di diverso.

Lasciamo da parte queste considerazioni d'indole assiologica, e torniamo

dentro una dimensione giuridicamente più rigorosa. È del tutto evidente, e non certamente azzardato dire che il consulente, stendendo il parere che il Consiglio dei XII gli ha commesso di elaborare per la risoluzione della controversia che ormai sta al terzo grado di giudizio, altro non fa se non predisporre il testo della pronuncia di terzo grado nella sua complessa struttura di dispositivo e motivazioni. Esiste un rapporto complesso tra il Consiglio e il consulente, un rapporto tuttora bisognoso di approfondimento⁵⁰, ma sul quale vale la pena gettare lo sguardo. Accettando la nomina (il che avviene tacitamente con l'accettazione e la trattenuta per la decisione del fascicolo processuale), il consulente accetta un preciso obbligo giuridico, quello di assolvere all'ufficio che il Consiglio gli ha affidato. Questo ufficio non consiste in una semplice deliberazione della questione, ma consiste nel contribuire operativamente e decisamente alla risoluzione della controversia. Il parere non può, per esempio, limitarsi a proporre soluzioni alternative, ma deve recare il contenuto di una decisione che raggiungerà il rango di vera e propria sentenza con la delibera finale del Consiglio. Chiare e incontrovertibili sono le specifiche disposizioni statutarie in proposito: il Consiglio *debeat sententiam* [quella del giudice di appello] [...] *reuidendam committere uni ex fidatis nominatis ab utraque parte* (§ 701 secondo la formulazione più corretta sopra proposta); §§ 702-703: se non c'è accordo tra le parti, il Consiglio *committat* al consulente scelto dal medesimo Consiglio sulla base di diversi criteri, a seconda che si tratti di appello di sentenza meramente interlocutoria oppure di sentenza interlocutoria con *uis* di definitiva o di sentenza definitiva. Al consulente, poi, *committitur* la *causa reuidenda* (§ 703). Quel verbo –*committere*– insieme con l'altro –*reuidere*–, che altro significano se non che l'obbligazione che si assume il consulente è quella di dare opera alla risoluzione della controversia, ovvero la predisposizione di un parere che sia idoneo a realizzare quella *reuisio* della *sententia* di appello, ovvero della *causa* che sia tale da pervenire ad una decisione, ad una pronuncia, la quale sia formalmente e sostanzialmente tale e chiuda la situazione litigiosa? Non adempie a tale obbligo il consulente che non conclude questa *reuisio* con un parere che sia consapevolmente inidoneo a definire la controversia, per esempio con un parere che si risolva nell'accoglimento sulla base di un non-criterio d'una sentenza viziata, tale da essere insuscettibile di passare in giudicato, ovvero tale da essere esposta palesemente ad una successiva impugnazione per nullità, e ciò solo perché fosse costretto a scegliere tra le due sentenze precedenti. La prestazione del consulente deve essere confor-

⁵⁰ Un primo accuratissimo e acutissimo sguardo, tuttavia, lo ha gettato CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi*, 3, pp. 109-123.

me a diligenza, e deve costituire l'esito di un corretto esercizio della competenza professionale, il presupposto della quale sta alla base della sua nomina. Come può sostenersi che adempia al suo ufficio il consulente che stenda un parere consistente nella scelta di una sentenza che egli stesso sa essere viziata? Potrebbe difendersi allegando di aver scelto la sentenza meno viziata? esiste la possibilità di comparare tra di loro vizi, e segnatamente vizi di nullità, senza trasformare una decisione basata sull'applicazione del diritto regolatore del rapporto in una valutazione di opportunità fondata su criteri extraformali, cioè tali da dover senza ombra di dubbio, essere qualificati come metagiuridici?

Ma guardiamo un po' più da presso la sostanza della prestazione del consulente: i paragrafi dello Statuto sammarinese sopra riportati non parlano mai di selezione tra le due sentenze, ma di *reuideri sententiam* o, quel che è più, di *reuideri causam*. In tutte e due queste locuzioni⁵¹ non vedo una limitazione di poteri, ma proprio l'opposto: vedo un'ampiezza di poteri non inferiore a quella che definisce i poteri di qualsiasi altro giudice di un gravame. Anche ammesso che esista una norma più generale, collocata nel sistema dello *ius commune*, limitativa dei poteri del giudice di terzo grado, di tale norma qui non c'è traccia, nel senso che una limitazione così consistente dei poteri del Consiglio dei XII mal si coniuga con una espressione così ampia, ma anche così specifica qual è quella che stabilisce che al *consultor committitur causa reuidentia*. *Reuidere causam* non può significare, nel concreto, scegliere tra due sentenze e non oltre. *Committere causam* (§§ 703 e 709) vale per attribuire la risoluzione della controversia, ma proprio nel senso di attribuire un ufficio, quello di consegnare, entro un termine dato (§ 709) uno strumento –il parere– mediante il quale il Consiglio dei XII, competente per il terzo grado, risolve la lite. Sicché il parere deve avere la qualità di essere risolutorio della lite. Se non è tale non è quel parere di cui parla la rubrica settima del quarto libro dello Statuto, e l'obbligo di *reuidere causam* non è stato adempiuto dal consulente. Si osservi questo passo del Codice (C.3,1,14,1); qui, il legislatore, per identificare alcuni suoi giudici, dei quali sta facendo l'enumerazione, così li designa: «[...] eos, quibus nos audientiam committimus [...]»⁵². *Committere audientiam* vale per attribuire la funzione giurisdizionale; *committere* vale per attribuire l'esercizio

⁵¹ Un elenco esaustivo delle quali sta in CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi*, pp. 109-112.

⁵² Ecco l'intero passo per la parte che può interessarci, di C.3,1,14,1: «ad hanc in perpetuum ualituram legem peruenimus, per quam sancimus omnes iudices siue maiores siue minores, siue qui in administrationibus positi sunt uel in hac regia ciuitate uel in orbe terrarum, qui nostris gubernaculis regitur, siue eos, quibus nos audientiam committimus uel qui a maioribus iudicibus dantur uel qui ex iurisdictione sua iudicandi habent facultatem».

di alcunché di funzionale, attribuire una funzione, nel Codice quella giurisdizionale, qui quella di eseguire quel riesame della causa –*reuidere causam*– che permetta di arrivare a decidere quale sia la ragione di Martino e il torto di Pietro. Se *reuidere* vale per riesaminare –la *sententia*, la *causa*– come può ammettersi che questo riesame possa dispiegarsi senza entrare nel merito? E, del resto, è stato affermato che la delibera con la quale il Consiglio dei XII nomina il consulente «demanda il merito al terzo»⁵³. Come si può entrare nel merito senza vagliare le ragioni dell'una e dell'altra parte, sia pure tenendo conto del lavoro già compiuto nei due gradi di giurisdizione precedenti –ma non certo seguendo pedissequamente e vorrei dire supinamente il solco tracciato dall'uno e dall'altro giudicante? e come può, un simile riesame, sfociare in una semplice scelta tra le due sentenze anche quando entrambe siano inaccettabili? e, infine, come si può affermare che il Consiglio dei XII non è la cassazione e poi affermare che la sua funzione è limitata al vaglio dell'iter logico dei due giudici precedenti, tanto da non potersi pronunciare, con pieno esercizio della giurisdizione appunto nel merito e in modo autonomo?

Non seguirò ad allineare interrogativi che mi appaiono sostanzialmente retorici, e concluderò richiamando la prassi sammarinese. Per introdurre la quale, mi avvarrò del ragionamento che Piero Calamandrei⁵⁴, dipana sulla relazione che esiste tra l'*error in procedendo*, ossia la violazione d'una norma processuale, e l'*error in iudicando*, ossia la violazione delle norme sostanziali regolatrici del rapporto nella formazione del giudizio. Avverte il Calamandrei⁵⁵:

La gravità dell'*error in iudicando* deriva insomma, senza tanti ragionamenti difficili, dall'essenza stessa della funzione giurisdizionale. Una semplice inesecuzione di legge, qual è l'*error in procedendo*, chiunque la può commettere; ma un *error in iudicando* non lo può commettere che il giudice, perché soltanto al giudice lo Stato attribuisce l'ufficio di dichiarare con forza incontrovertibile le volontà concrete del diritto.

⁵³ CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi*, p. 115: «La delibera che individua il consulente è di mero rito. Essa demanda il merito al terzo –il quale intrudendosi vizierebbe l'atto, se non fosse legittimato con quel provvedimento di nomina–; e spoglia della causa il collegio» (su quest'ultimo punto, tuttavia, v. le considerazioni che ho già formulato *supra* nota 2); sulla stessa linea si colloca R. BONELLI, *Gli organi dei poteri pubblici nell'ordinamento della Repubblica di San Marino*, San Marino, 1986, pp. 73-75.

⁵⁴ P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra «error in iudicando» ed «error in procedendo»*, in *Il diritto commerciale*, IX (1917), pp. 57-72, ora in CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. VIII, Napoli, 1979, pp. 285-299.

⁵⁵ CALAMANDREI, *Sulla distinzione*, p. 291 s.

e così prosegue più oltre, specificando ⁵⁶.
ma quando il giudice si sottrae nel giudicare alla norma che gli impone di decidere secondo il diritto oggettivo, egli viene poi, coll'autorità della cosa giudicata che la sua pronuncia assume anche se erronea, a dar parvenza di legittimità a quella sentenza che è il risultato della insecuzione di una norma giuridica. Non solo, adunque, c'è nell'*error in iudicando* un fatto illegale (inesecuzione d'una norma processuale [*scil.*: quella che impone al giudice di applicare il diritto al caso controverso a lui devoluto]), ma insieme l'erronea dichiarazione ufficiale della sua legalità!

Se ho riportato questo lungo brano è perché confesso di non riuscire a esporre con parole diverse il limpido insegnamento che contiene, che è anche l'indicazione d'una condotta cui chi giudica è tenuto senza remissione. Un insegnamento e un doveroso metodo cui sembra, forse senza conoscerne una esposizione tanto chiara, si sia per lunghi anni attenuto il Consiglio dei XII.

Invero, si può affermare che la giurisprudenza del Consiglio dei XII consista nel far propri pareri che normalmente hanno confermato una delle due sentenze dei gradi precedenti. Il che non dice nulla sull'orientamento del Consiglio su questa questione: se il consulente di solito conferma una delle due precedenti sentenze lo si deve alla qualità del lavoro dei giudici di primo e di secondo grado, nonché alla ragionevolezza dei consulenti che, per economia di giudizio, non vanno appunto solitamente a cercare l'inusitato, ma si avvalgono del buon lavoro eseguito dai due giudici precedenti; ma è un fatto incontrovertibile che, aldilà di ogni affermazione contraria, nei due casi a me noti — e mi sembra di poter dire, a noi noti — in cui nel secolo scorso il Consiglio si è trovato dinanzi ad un parere che contenesse una terza pronuncia, rispetto alle due precedenti, l'ha fatto suo, sia pure tramite il passaggio d'un parere aggiuntivo; una prassi che forse non ha fondamenti testuali, che probabilmente è ai limiti della legalità ⁵⁷, ma che si radica nel buon senso prima ancora che nella ottemperanza ad una norma di diritto positivo: che spieghi bene, il consulente, perché s'è discostato dall'uno e dall'altro esito della causa, esponga le sue ragioni, ché, se saranno persuasive, le perplessità potranno essere superate. E, invero, in entrambi i casi, furono superate ⁵⁸. Ultimamente le cose hanno

⁵⁶ CALAMANDREI, *Sulla distinzione*, p. 292.

⁵⁷ Come si potrebbe argomentare da ciò che afferma il CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi*, pp. 114, 116-119.

⁵⁸ Mi riferisco, oltre a quello qui riferito del 1992, che mi ha visto protagonista, il più risalente episodio nel quale fu più autorevole protagonista Arturo Carlo Jemolo, un Maestro di noi tutti; si tratta della causa n. 319/1969, per la quale cfr. *Giurisprudenza Sammarinese*, 1970-1980, p. 123, illustrata ampiamente da CAPRIOLI, *Promemoria*, p. 6.

imboccato una diversa via e ancora pendono liti irrisolte, in quanto s'è preferito andare verso la direzione della difesa strenua di principi la cui effettiva sussistenza ho qui dimostrato essere per lo meno dubbia. Non è, tuttavia, invocando i principi che questioni di questo genere trovano adeguata soluzione. Sicché, anche ammesso, ma non concesso, che il Consiglio, facendo proprio un parere contenente una decisione diversa da quella di primo e di secondo grado, abbia violato la norma processuale ⁵⁹ che ne limita i poteri ad una semplice opzione tra le due precedenti sentenze, nel far ciò ha evitato che passasse in giudicato una decisione che, per essere viziata, sarebbe tale da far dire alla legge quello che la legge non vuol dire; un diverso contegno altro non sarebbe stato che un *abuso del potere di comando che lo Stato* a questo Consiglio, e al consulente che predispone il contenuto della delibera affida producendo l'effetto di *dar forza di legge a quello che è la negazione della vera volontà della legge* ⁶⁰. Sicché, tutte e due le volte che il Consiglio dei XII s'è trovato dinanzi ad un parere che si discostasse dalle pronunce di primo e secondo grado ha accettato di superare l'ostacolo d'un principio d'incerta sussistenza al fine di pervenire ad una decisione conforme al diritto. Forse è troppo formalisticamente loicale affermare, sulla base di questi due precedenti, che la giurisprudenza costante del Consiglio dei XII è nel senso di pronunciarsi in modo diverso dalle sentenze dei gradi anteriori, ma la constatazione del contegno del Consiglio appunto nel secolo appena spirato, che, non lasciandosi irretire in questioni di principio, è pervenuto alla decisione della controversia conformemente al diritto sostanziale vigente che disciplina i rispettivi rapporti dedotti in giudizio serve a contestare in modo tanto radicale quanto rigoroso la contraria affermazione. La verità è che, nonostante le polemiche, talvolta inverosimili, che si sogliono scatenare in queste occasioni, polemiche che probabilmente hanno bersagli altri rispetto a quelli dichiarati — ancora mi meraviglio che l'ordine forense si sia risentito pretendendo che in tali casi risulti violato un principio ritenuto del tutto infondatamente come intangibile senza darne nemmeno un principio di dimostrazione e abbia, invece, passato sotto silenzio il fatto che una causa di divorzio tra coniugi ultrasessantenni che litigano per una differenza di £ 350.000 (valore del 1992) si fosse trascinata per almeno cinque anni, non considerando gli anni intercorsi dalla domanda di separazione —, nonostante tali polemiche, dicevo, il Consiglio ha saputo imboc-

⁵⁹ Tale è quella che disciplina l'attività del Consiglio dei XII, come si può argomentare dalla qualifica di decisione di mero rito che il CAPRIOLI, *Breve foglio di lumi*, p. 115 assegna a quella in virtù della quale il Consiglio individua il consulente.

⁶⁰ Si riconosceranno agevolmente qui le parole del CALAMANDREI, *Sulla distinzione*, p. 292.

care una strada lastricata di grande saggezza pragmatica e accettare una pronuncia diversa dalle precedenti.

Quanto alla formazione della cosa giudicata, non c'è dubbio che essa non possa essere appesa all'operatività d'un principio di preclusione. Nell'ordinamento sammarinese essa si forma non per preclusione di ulteriori esami — questa, semmai, dovrebbe essere una conseguenza —, ma per esaurimento dei gradi di giurisdizione: nello Statuto non sono previsti gravami contro le decisioni del Consiglio dei XII, una volta sgombrato il campo della tradizione corrotta del testo del § 705⁶¹, sicché la sua decisione passa in giudicato e dunque è precluso ogni ulteriore esame, esista o meno una conformità tra le decisioni scaturite dai diversi gradi di giudizio. Del resto, il tema della cosa giudicata è quanto mai complesso e non può essere qui ulteriormente considerato: basti dire che esso sembra proprio appartenere integralmente alla sovranità, nel senso che ogni ordinamento è sovrano nello statuire quale sia la struttura della *res iudicata* formale, che, in quanto tale, altro non è che una costruzione legale, e come questa si formi. Ciò risulta da una lettura davvero senza pregiudizi dello Statuto, che non contempla gradi d'impugnazione ordinari — straordinari sono infatti la *querela nullitatis* e il ricorso per *restitutio in integrum* — ulteriori rispetto al ricorso al Consiglio dei XII.

Come evolverà la disciplina della terza istanza non sappiamo ancora, e possiamo solo sperare che sia tale da superare le aporie che scaturiscono dall'invocazione di principi che non sembrano intrattenere rapporti produttivi con la realtà delle cose, in modo ad un tempo equilibrato, prudente ed efficiente, avuto riguardo anche del fatto che in un periodo transitorio una supercorte sarà investita e della terza istanza e dei giudizi di nullità e di quelli per *restitutio in integrum*, nonché di quelli della legittimità costituzionale: una somma — o forse un coacervo — di poteri ad un tempo eterogenei e concentrati, ma anche molto penetranti, la disciplina dei quali dovrà essere dettata da un legislatore oltremodo attento e profondamente consapevole della estrema delicatezza della materia che è chiamato a trattare.

⁶¹ Correggo così quanto ho esposto pubblicamente in contrario.

STEFANO PALMUCCI

I dati per un'indagine

1. Mi preme anzitutto ringraziare il prof. Severino Caprioli per avermi invitato a partecipare a questo seminario, addirittura in qualità di relatore. E' una condizione che vivo per la prima volta e confesso sinceramente di sentirmi in tale veste un pesce fuor d'acqua, un vaso di terracotta — la metafora sceglietela voi — a fianco di tanti esimi e valenti studiosi. L'unico titolo che posso forse vantare, ma più che un titolo è una semplice circostanza, è quella di avere ricoperto fino allo scorso anno l'incarico di funzionario verbalizzante delle sedute del Consiglio dei XII e di aver avuto l'opportunità, in tale ufficio, di assistere ad estenuanti e ripetute discussioni, in seno a quell'Organo, sulla questione che oggi siamo qui a studiare.

Altra minima benemerenda, che mi dà forse titolo per sedere a questo tavolo, è quella di avere raccolto in un libretto del materiale — in massima parte giurisprudenziale — a vantaggio di coloro i quali avessero voluto avvicinarsi alla questione della "doppia conforme" con qualche esigenza di dovizia di documentazione¹. Chi è avvezzo a destreggiarsi nei meandri del diritto sammarinese, in tutte le sue branche, ben conosce quanto siano epistodici i manuali, sporadica la dottrina, e alquanto rare le semplici raccolte normative o giurisprudenziali su singoli argomenti.

Ho quindi proceduto a raccogliere anzitutto le pronunce del Consiglio dei XII che si pongono in contrasto con la consolidata tradizione giurisprudenziale della "doppia conforme", cioè a dire quelle sentenze che differiscono tanto dal primo quanto dal secondo dei due precedenti gradi di giudizio, avendo cura di riportare per intero quelle parti di sentenza che enucleano le consapevoli ragioni di tale condotta. Ho riportato inoltre le recenti decisioni del Consiglio dei XII che invece si conformano alla tradizione e nel frattempo argomentano in antitesi con la corrente minoritaria. Vi ho aggiunto la scarna dottrina in materia e, in appendice, l'ultima pronuncia del Consiglio Grande e Generale su un ricorso per *querela nullitatis* vertente sulla questione in parola².

Questo seminario mi ha dato occasione di approfondire ulteriormente la

¹ Mi riferisco al mio: *Il principio della "doppia conforme" nella dottrina e nella giurisprudenza del Consiglio dei Dodici*, San Marino, s.d., ed. Segreteria di Stato per gli Affari Interni.

² Delibera del Consiglio Grande e Generale n. 4 del 26 febbraio 2002 relativa alla causa civile n. 72 del 1993.

ricerca, che ho inteso sviluppare in due distinte direzioni. Da un canto mi sembrava interessante consentire una valutazione della entità dei giudizi di terza istanza che differiscono tanto dal primo quanto dal secondo grado di giudizio rispetto alla somma dei giudizi civili di terza istanza, dall'altro ho inteso verificare se tra la giurisprudenza antecedente l'esplosione della dia-triba, vi fosse qualche riferimento al ruolo e alle competenze specifiche del Giudizio di terza istanza ed in particolare circa l'impossibilità di poter accendere a norma di legge ad una sentenza diversa dalle due precedenti già pronunciate.

2. In una rilevazione meramente numerica dei ricorsi di terza istanza in materia civile, che sono giunti all'attenzione del Consiglio dei XII in quest'ultimo quarto di secolo, senza nessuna pretesa né capacità di altra analisi ma semplicemente aggregando opportunamente la fenomenologia occorsa, è possibile a mio avviso trarre alcune interessanti indicazioni ai fini di una più approfondita comprensione della questione "doppia conforme" e delle implicazioni che può comportare nel sistema.

Come prima osservazione, è facile accorgersi che i ricorsi presentati dal 1978 ad oggi sono 49. Considerando che qualche raro caso prevede riunioni di cause, i procedimenti giunti in terzo grado superano quindi la cinquantina³. Su questi, le pronunce del Consulente e per esso del Consiglio dei XII, propendono nella stragrande maggioranza dei casi integralmente per una delle sentenze dei due precedenti gradi del giudizio. Due casi hanno visto il ricorso rigettato in quanto il Consulente ha rilevato la conformità delle due precedenti sentenze⁴. Ricordo che, per principio generale, la difformità che dà titolo per ricorrere in terza istanza può concernere le sole spese di causa e non il merito⁵.

³ Le rilevazioni sono state compiute sfogliando la giurisprudenza per la più parte inedita del Consiglio dei Dodici, i cui verbali sono depositati presso l'Ufficio Segreteria esecutiva del Congresso di Stato - Dipartimento Affari Interni.

⁴ Causa civile 12 luglio 1985, S.A. Sammarinese Cartiera Ciacci/Bianchini Ernesta, Consulente Giovanni Gualandi, dichiara il ricorso "inammissibile in forza dell'istituto della doppia conforme"; 6 luglio 1989, Causa civile 238/1994, Consulente Umberto Santarelli, dichiara il ricorso "improponibile [...] non versandosi in ipotesi di giudicati difformi".

⁵ Il principio generale è affermato anche da ANTONIO ZAVOLI, *La Giustizia amministrativa - Lineamenti di diritto processuale amministrativo sammarinese*, pag. 183, San Marino, AIEP, 1993. Illuminante in proposito la delibera del Consiglio dei XII del 1 giugno 1987, relativa alla pronuncia sulla causa civile 446/1981, Zavoli Aldo/Ecc.ma Camera, Consulente Giovanni Gualandi, che recita: "le due sentenze [dei due primi gradi di giudizio] coincidono

Due casi di rigetto dei ricorsi per decorrenza dei termini si sono verificati recentemente⁶.

La prima uscita dal seminato della tradizione avviene, come noto, il 19 dicembre 1978, causa civile Manzoni/Borghesi, Consulente Carlo Arturo Jemolo⁷. Il Consulente, sovvertendo i canoni della consuetudine giudiziaria, non propende per alcuna delle sentenze già emesse nei due precedenti gradi di giudizio, ma per parti di entrambe. In quel famoso parere egli ritiene: "fondati il primo, secondo, terzo e quarto comma del giudizio di primo grado, non fondato il quinto comma. Conviene sul secondo e terzo capo della pronuncia di appello, non conviene sul primo capo".

Successivamente, nel solco principiato da Jemolo, il Consiglio dei XII con delibera del 22 marzo 1990, nelle cause civili riunite 282/1985 e 182/1986, Consulente Victor Crescenzi, opera una scomposizione delle due precedenti sentenze: dichiara definitiva la sentenza che dispone la nullità di alcuni decreti del Commissario della Legge e in riforma della sentenza del Giudice delle Appellazioni Civili, dichiara legittimi altri decreti del Commissario della Legge. Ancora il Consulente Victor Crescenzi, nella causa civile n. 56 del 1987, con parere adottato dal Consiglio dei XII con delibera n. 46 del 3 dicembre 1992, pur confermando nella sostanza la sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni, fissa autonomamente un assegno mensile per gli alimenti con l'obbligo di rivalutazione (vertendo la causa in materia di divorzio).

Il caso più eclatante e che purtroppo risulta ancora oggi pendente, si rileva con delibera n. 8 del 27 ottobre 1999, nella causa civile 389/1988, consulente Umberto Santarelli. Il Consiglio dei XII, in considerazione del parere proposto che prevedeva una complicata pronuncia, in riforma tanto della sentenza di primo grado che di quella di appello e dopo avere sentito il parere di altro Consulente sulla questione generale della "doppia conforme", sospende l'adozione del parere ed investe del problema in prima battuta la Segreteria di Stato per la Giustizia e in ordine più generale la Commissione Consiliare per le riforme istituzionali.

Un'altra eccezione al principio generale è rilevabile nella delibera n. 3

quanto all'«an debeatur» ma non quanto al «quantum debeatur». Il Consulente dichiara quindi proponibile il ricorso e conferma la parte di sentenza del Commissario della Legge non ancora passata in giudicato.

⁶ Delibera n. 9 del 15 luglio 1999, causa civile 118/1993, Consulente Umberto Santarelli; delibera n. 2 del 16 dicembre 1994, causa civile 221/1993, Consulente Umberto Santarelli.

⁷ Riportata integralmente in *Giurisprudenza sammarinese*, anni 1970-1980, pag. 23.

del 7 maggio 2001, relativa alla causa civile 72/1993, consulente Lanfranco Ferroni. Il Consulente e per esso il Consiglio dei XII conferma in parte la sentenza del Commissario della Legge ed in parte quella del Giudice delle Appellazioni, argomentando ampiamente le ragioni della scelta, scientemente effettuata sulla teoria autorevole ma minoritaria tracciata da Jemolo. Questa delibera è stata oggetto di ricorso per *querela nullitatis* di fronte al Consiglio Grande e Generale; il ricorrente lamentava come disatteso il principio della doppia conforme. Il ricorso, come noto, è stato rigettato con delibera del Consiglio Grande e Generale n. 4 del 26 febbraio 2002.

Ugualmente nella delibera n. 6 del 31 maggio 2001, relativa alla causa civile 118/1993, consulente Pietro Perlingieri. La sentenza del Giudice delle Appellazioni viene confermata solamente in parte, disponendo diversamente per quanto attiene al risarcimento del danno e l'attribuzione delle spese di causa.

In definitiva, negli ultimi 25 anni i casi nei quali la sentenza di terzo grado si discosta dalle due precedenti si riducono a 6 su circa 50, quindi poco più del dieci per cento. Deve però evidenziarsi, ad onestà d'analisi, che i ricorsi in terza istanza stanno divenendo col passare degli anni sempre più frequenti e la tendenza non pare destinata ad invertirsi, in considerazione di trend assodati, quali l'accrescere della litigiosità nella società sammarinese e l'aumento tendenziale della complessità delle nuove liti. Se, infatti, si suddividono gli ultimi 25 anni in 5 lustri ci si accorge facilmente che negli anni '78-'83 i ricorsi sono stati 3 e 6 nel quinquennio 1983-1988; nel lustro successivo diventano 9 e passano a 16 sia nel penultimo che nell'ultimo lustro.

Una curiosità a margine. Contrariamente a quanto sarebbe forse normale attendersi, in 26 occasioni il Consiglio dei XII ha confermato in terza istanza la pronuncia di primo grado, contro le sole 19 del giudizio di appello. Questa osservazione residuale può però aprire la strada ad altre e diverse considerazioni, che poco o nulla hanno a che vedere con la questione qui considerata.

3. Tolte le eccezioni di cui ho parlato, le altre occorrenze si risolvono tutte a favore dell'una o dell'altra precedente pronuncia. Tra queste, non è dato sapere se il Consulente all'uopo designato non abbia prodotto un terzo autonomo giudizio perché effettivamente non ritenuto necessario oppure per intima convinzione di non potervi accedere a norma di legge. Rare sono le situazioni nelle quali il Consulente ha lasciato intendere di

conservare qualche incertezza⁸.

E' comunque riscontrabile qualche caso nel quale il Consulente, pur preferendo una delle due sentenze precedenti, si sofferma brevemente sulla propria funzione, evidenziando gli ambiti ritenuti netti ed invalicabili delle proprie attribuzioni, quasi a giustificazione di non poter risolvere diversamente la lite di specie, pur in presenza di qualche legittimo dubbio. Per esempio nel parere reso sulla causa civile 97/1984, fatto proprio con delibera del Consiglio dei XII n. 6 del 28 giugno 1994, il Consulente Tito Ballarino afferma:

*"Pronunciando in terza istanza il Consiglio dei XII non ha per compito, come la corte di cassazione in tutti i principali paesi europei di rivedere il modo in cui il giudice di merito ha risolto le questioni di diritto: annullando - questa è la sua competenza più importante che ha dato origine a tutto l'istituto - le sentenze di merito che abbiano violato le norme di diritto o ne abbiano fatto falsa applicazione. Il mandato del Giudice di terza istanza, e ciò vale anche per il "Sapiente" che funge da Giureconsulto è "limitato nel diritto consuetudinario alla conferma dell'una delle due sentenze" (T. C. Giannini, *Sommario di procedura giudiziaria sammarinese*, 2a edizione, San Marino 1967, p. 177; G. Gozi, *Elementi di diritto giudiziario sammarinese*, in *Giurisprudenza italiana*, 1961, IV, pp. 113 ss. a col. 115) " [...] Né, poi, appartiene al compito di chi scrive censurare i giudizi dati dal Commissario della Legge sulla attendibilità dei testimoni: per poterlo fare egli dovrebbe avere dei poteri ben diversi da quelli che gli competono e che sono stati sopra enunciati."*

Anche Francesco Pizzetti, con parere reso nella causa civile 282/1987 e fatto proprio dal Consiglio dei XII con delibera n. 4 del 26 luglio 1995, così si esprime:

"Si osserva preliminarmente che la decisione del terzo grado è consentita solo quando la sentenza di appello abbia riformato in tutto o in parte quella di primo grado. Il terzo giudice deve limitarsi a confermare l'una o l'altra pronuncia."

⁸ Si vedano, quanto a risolutezza, la delibera 11 marzo 1988 nella causa civile 325/1983, consulente Pier Giorgio Peruzzi: "[...] confermare la sentenza di primo grado [...] cassando e annullando la decisione d'appello [...]"; la delibera 11 ottobre 1988 nella causa civile 242/1984, consulente Pier Giorgio Peruzzi e la delibera 8 novembre 1988 nella causa civile 392/1977, consulente Victor Crescenzi: "[...] in totale riforma della sentenza dell'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni [...]".

Ancora Tito Ballarino, nel parere reso nella causa civile 256/1987 e fatto proprio dal Consiglio dei XII con delibera n. 7 del 31 maggio 1996, ha occasione di delineare poteri e attribuzioni della propria funzione, offrendo un'illuminante sintesi della propria posizione:

"Ci corre l'obbligo, prima di tutto, di verificare i poteri che spettano, secondo l'ordinamento giudiziario sammarinese, al Consiglio dei XII, e, per esso, al Consulente.

Nel precitato ricorso [...] viene evocata la ben nota decisione del Consiglio dei XII dell'11 settembre 1979 (consulente C. A. Jemolo) in cui si afferma: "Il giudice di terza istanza può ritenere erronee, in tutto o in parte, entrambe le sentenze di primo e di secondo grado, e si aggiunge, a spiegazione di ciò: "Nel 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. Non invece nel senso che se vi sia discrepanza, totale o parziale tra le due sentenze, il giudice di terza istanza debba solo scegliere tra l'una e l'altra, e non possa ritenere entrambe in tutto o in parte erronee. Così il *Codex iuris canonici*, che è ancora formato secondo le tracce del diritto comune, al can. 1902 afferma che si dà il giudicato dopo la doppia conforme; ma non lega affatto la Rota, quando non ci sia stata la conformità tra le due sentenze a scegliere l'una o l'altra delle due precedenti sentenze."

Dissentiamo dall'eminente giurista sull'assimilazione che egli fa della "duplice conforme" dell'ordinamento canonico e di quella dell'ordinamento sammarinese. Nell'ordinamento canonico ogni sentenza è appellabile salvi i casi di cui non si dà luogo ad appello (Can. 1629 Codice di diritto canonico 1983), tra i quali qui interessa quello in cui si abbia sentenza passata in giudicato (Can. 1629, n. 3). Il giudicato è prodotto da una serie di situazioni (Can. 1641) delle quali qui rileva quella che "tra le medesime parti vi siano state due sentenze conformi sulla stessa richiesta e per lo stesso motivo" (Can. 1641, n. 1). Peraltro nell'ordinamento canonico il giudice di appello, tra cui quello di terza istanza, può procedere ad un completo riesame del merito "fatte le debite proporzioni" (Can. 1640: "*In gradu appellationis eodem modo, quo in prima instantia, congrua congruis, procedendum est*") e fatto salvo il precetto di addivenire alla discussione immediatamente dopo la contestazione della lite se non si debbano eventualmente completare le prove. Ne consegue che lo stesso accertamento dell'esistenza di una duplice sentenza conforme è affidato ad un eventuale ulteriore grado di giurisdizione – si conoscono infatti processi canonici du-

rati per secoli – nel quale, teoricamente, si riparte dalla situazione prospettata al giudice di primo grado e con il limite del divieto di nuove domande (Can. 1639: "*In gradu appellationis non potest admitti nova petendi causa*"). Questo sistema, palesemente contrario ai principi dell'economia di giudizi che ispira tutti i sistemi giudiziari secolari, è ispirato dall'obiettivo, peculiare del sistema del diritto canonico, di realizzare una giustizia sostanziale e non soltanto formale. Lo stesso intendimento ispira anche la norma del Can. 1643 per la quale le cause sullo stato delle persone non passano mai in giudicato a causa delle conseguenze che possono avere sulla situazione personale del fedele.

Quest'ultima istituzione è evidentemente all'origine dell'affermazione con cui il prof. Jemolo suffraga la soluzione che egli diede al caso in cui agì come esperto del Consiglio dei XII. Proprio perché, nonostante le sue ampie competenze (Can. 1444), la Rota Romana viene utilizzata soprattutto in materia matrimoniale, il caso segnalato dal professor Jemolo può verificarsi. La sentenza in materia matrimoniale non passa in giudicato, nonostante la duplice conforme, e la Rota, adita in prosieguo di tempo, non si sente legata da quanto due sentenze hanno deciso in senso conforme l'una all'altra. Ma al di fuori di questo caso, anche la Rota è tenuta a rispettare il giudicato creato dalla doppia conforme (Can. 1444, par. 1, n. 2).

Ben altro fondamento ha l'istituto della terza istanza nel diritto sammarinese. Qui non si tratta di adeguare il giudizio umano degli operatori del diritto ad una verità esistente in un'altra sfera, ancorché pur sempre percepibile alla retta coscienza, e neppure – come nelle cause personali – di realizzare la massima protezione possibile della *salus animae*, ma di assicurare una composizione della lite nell'interesse della pacifica coesistenza dei cittadini. Lo dice il modo stesso in cui è organizzato questo ricorso (Rubrica VII, Libro IV degli Statuti) affidato ad un organo che ha, e più ancora aveva in passato, natura politica (o politico-amministrativa).

La procedura civile sammarinese insegna (Giannini, op. cit., pag. 179) e lo scrivente nelle precedenti consultazioni rese al Consiglio dei XII a ciò si è sempre uniformato, che il compito del consulente consiste nello scegliere tra l'una o l'altra sentenza anche se non è soddisfatto pienamente di quanto è statuito nella sentenza che «preferisce».

4. A conclusione di questo breve lavoro complementare mi sia consentito esprimere una opinione. Ritengo il sottoscritto che un'indagine sul reale intendimento delle disposizioni statutarie afferenti alla "doppia conforme" sia oggi pleonastica e forse oziosa in rapporto alla sostanza della proble-

matica nella sua attualità e soprattutto nei profili evolutivi. Può ben darsi, cioè, che il legislatore statuario abbia ritenuto di contemperare le esigenze di ponderatezza e speditezza del giudizio costruendo un sistema che preveda in ogni caso la possibilità di ottenere una doppia – e non oltre – pronuncia sulla medesima vertenza. È pure fuor di dubbio che nell'argine tracciato da questo sistema si sia sviluppata una plurisecolare giurisprudenza. Pare anche che rientri nell'argine la possibilità, corroborata anche dall'ultima pronuncia in proposito del Consiglio Grande e Generale⁹, di comporre una sorta di terza sentenza, costruita comunque assemblando singoli capi delle due precedenti. Ma questo tracciato presenta oggi un innegabile nodo critico. Il sistema è cioè andato a confliggere contro le coscienze di alcuni Consulenti del Consiglio dei XII che in particolari e circoscritte fattispecie, non si sono sentiti di affermare la giustezza di una sentenza piuttosto dell'altra, ritenendole entrambe erranee o viziate. Si sono verificati casi nei quali il Consulente all'uopo designato, in tutta onestà d'animo, non ha ritenuto di aderire a nessuna delle motivazioni già espresse, ponendosi in un atteggiamento che umanamente può essere ben comprensibile, se non condivisibile. Tra l'altro posto che, come afferma un grande Maestro¹⁰, il Consiglio dei XII non può in alcun modo sindacare il parere del proprio Consulente, una volta che gli sia stata commissionata la pronuncia, se il Consulente si pone in tale atteggiamento, viene fatalmente a crearsi un'impasse procedurale rispetto alla quale non si riesce davvero a scorgere una conveniente via d'uscita.

Credo che il legislatore avveduto debba oggi percepire la rilevanza di questo nodo critico e preoccuparsi di porvi il dovuto rimedio. Tra l'altro in una contingenza nella quale le funzioni di giudice di terzo grado stanno per essere trasferite dal Consiglio dei XII al Collegio Garante della Costituzionalità delle norme, in ottemperanza alle disposizioni di cui alla nuova *Dichiarazione dei Diritti dei Cittadini e dei Principi Fondamentali dell'Ordinamento sammarinese*, l'occasione mi pare propizia per definire finalmente *ipso jure* la questione. Ciò che rimane da soppesare e valutare scrupolosamente sarà piuttosto quale tipo di soluzione adottare.

Nell'ipotesi che il potere di giudizio di terzo grado attribuito al Collegio fosse circoscritto entro la possibilità di scelta tra la sentenza di primo e

⁹ Vedi prec. nota 2.

¹⁰ Mi riferisco a Severino Caprioli, che ha ribadito questa posizione in diverse pronunce contenute in Pareri fatti propri dal Consiglio dei XII (p.e. delibera n. 5 del 13 settembre 2000 e n. 2 del 19 aprile 2000).

quella di secondo grado, l'impasse di cui sopra potrebbe verosimilmente riproporsi. Viceversa, scongiurare quest'evenienza, attribuendo al Collegio medesimo il potere di comporre una nuova e terza sentenza significherebbe togliere al sistema la garanzia che comunque oggi offre alle parti con riferimento alla possibilità di poter assicurare due giudicati conformi.

Permettetemi di lasciar trasparire l'aspirazione pragmatica del burocrate, ma personalmente tendo a propendere per la seconda soluzione. Vero è che la pronuncia di terzo grado difforme tanto dalla prima quanto dalla seconda sentenza risulterebbe un *unicum* senza successivo avvallo, ma ritengo che tale carenza possa ritenersi comunque pienamente compensata se si considerano due ordini di valutazioni.

Anzitutto, a differenza dei precedenti gradi di giudizio, la sentenza dovrebbe essere pronunciata da un organo collegiale in camera di consiglio, con tutte le garanzie che una decisione di ordine collegiale comporta rispetto a quella di un organo monocratico, per quanto autorevole. Da considerare anche che la decisione poggerrebbe su una piena ed effettiva cognizione di causa da parte di tutti i membri, a differenza di quanto avviene oggi in seno al Consiglio dei XII, che rimane un organo composto da membri di estrazione politica e non tecnica. Una garanzia ulteriore sarebbe fornita dal prestigio e dalla qualificata autorevolezza di cui andrà a godere questo nuovo Organo, che, ne sono sicuro, sarà certamente composto da membri di perfetto livello dottrinale e sereno e misurato equilibrio.

In questo senso mi pare conseguentemente di poter affermare che l'attribuzione al Collegio Garante della Costituzionalità delle norme del potere di comporre una terza sentenza, nei particolarissimi casi nei quali ravvisasse erranee o comunque viziate le sentenze dei precedenti gradi di giudizio, sia al momento l'ipotesi di riforma ottimale e più garantista che possa profilarsi per il nostro Ordinamento; lo solleverebbe, tra l'altro, dall'imbarazzo di un'impasse che le Convenzioni europee cui San Marino aderisce sono poco o per nulla propense a tollerare.

RENZO BONELLI
Avvocato del foro sammarinese

L'esperienza sammarinese degli ultimi cento anni

Ora, per entrare in argomento, dopo le moltissime citazioni, valutazioni e considerazioni che abbiamo sentito e letto, da parte mia si vorrebbe non tornare a ripetere concetti o richiamare brani già letti o già ascoltati.

Impresa senz'altro impossibile, visto che chi si è occupato dell'argomento ha sicuramente arato tutto il terreno e rintracciato tutti i reperti utili a risolvere la questione, ovvero, se volete, ad intrigarla maggiormente.

D'altro canto posso anche astenermi dall'indagare la soluzione univoca suggerita dalla dottrina o dalla giurisprudenza, per indirizzarmi egoisticamente nella ricerca di una soluzione definitiva e pratica che faciliti il compito di un causidico.

L'occasione che mi è stata offerta, o per meglio dire in qualche modo cortesemente imposta, mi ha fatto rendere conscio del fatto che la mia opinione sull'esito della procedura di terza istanza si sia maturata nella convinzione che il compito del legale venga facilitato dal fatto che l'impegno difensivo in questa fase finale finisca per rientrare in uno schema semplificato, determinato dall'ambito preso in considerazione e risolto nelle due sentenze che precedono la terza.

Voglio dire che il legale deve articolare la difesa della posizione tutelata semplicemente riferendosi alle due ipotesi possibili e quindi evitando di indagare faticosamente sulle ulteriori ipotesi intermedie possibili, ma anche su quelle estreme, migliorative o peggiorative che siano per la posizione tutelata.

Né si può rimproverare il pratico di aver preferito una soluzione più economica dal punto di vista della speculazione filosofica e dottrina, in quanto alla fine la necessità della scelta deriva da una carenza che lascia eccessivo spazio alla interpretazione.

Credo che alla fine si debba concordare con quanti invochino un intervento legislativo che sciogla il nodo e determini con chiarezza se la terza istanza si debba risolvere con la conferma di una delle decisioni precedenti, ovvero con la formulazione di una decisione in tutto o in parte innovativa delle precedenti.

Tuttavia non è inutile indagare, valutare, elaborare, confrontare, al fine di rendersi conto di quale sia stato il cammino percorso, se esso si sia svolto sul

solido tracciato di dati e riferimenti non equivoci ovvero su quello più cedevole e plasmabile delle opinioni.

La mia opinione al riguardo del tema che ci interessa è nota, poiché nel libretto a scopo didattico redatto una ventina di anni fa ho indicato che la procedura di terza istanza mira ad *"ottenere un ulteriore responso, destinato a realizzare la doppia conforme, e cioè una sentenza che non sia una terza soluzione del caso di discussione, bensì esclusivamente una conferma integrale della prima o della seconda"*.

Pochi anni prima di questa mia affermazione, Carlo Arturo Iemolo estendeva la nota sentenza di terzo grado che sconvolgeva la prassi fino a quel punto seguita e da me accettata, anche se senza un approfondimento particolarmente esteso.

La cultura giuridica procedurale dei legali di quel periodo e quello immediatamente precedente si era formata principalmente (o esclusivamente), sul *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, redatto dall'avv. Torquato Carlo Giannini, Commissario della Legge all'inizio del secolo trascorso.

È iscritto in quel testo, e ripeto ancora quanto già ricordato da altri, ma da me più e più volte richiamato nel contesto di memorie e comparse: *"[...] 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"*.

L'opinione del Giannini veniva ripresa integralmente dal prof. Guido Astuti, che dall'inizio degli anni sessanta e fino all'assunzione di incarico nella Corte Costituzionale Italiana è stato un punto di riferimento per la legislazione e la giurisprudenza sammarinese, in quanto nella relazione della speciale commissione predisposta per riferire al Consiglio Grande e Generale sui problemi istituzionali dell'ordinamento sammarinese, ha sottoscritto la seguente affermazione: *"[...] le sentenze di secondo grado sono definitive, se conformi a quelle di primo grado. In caso di difformità è consentito il ricorso al Consiglio dei XII, 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"*.

Va da sé che il modesto legale che vi parla non poteva che aderire alla tesi esposta da tali autorevoli personaggi, e non contro voglia poiché i fatti ri-

chiamati ed in particolare una lunga consuetudine conforme erano di costante evidenza.

Per altro facilitava l'adesione alla tesi anche la ricordata semplicità del meccanismo, che permetteva al sottoscritto di informare gli sfortunati alunni liceali presi in cura per qualche anno, sulla somiglianza dell'istituto al *"set di spareggio"* in un incontro di tennis che aveva visto prevalere nei *set* precedenti prima l'uno poi l'altro dei gareggianti.

Per sciogliere il nodo, sempreché sia possibile, non si dovrà quindi indugiare nella ricerca se affidare la scelta della doppia conforme al Consiglio di XII sia più o meno aderente a indirizzi generali, oltretutto mutevoli nel tempo e fra gli uomini, quanto piuttosto indagare se sia vero che nel corso del tempo e nell'ambito di questo minuscolo territorio si sia voluto esattamente formare e applicare una regola che affida al Consiglio dei XII la decisiva scelta della soluzione, limitandosi a valutare le sentenze emesse fino a quel punto.

Credo di avere già fatto capire che nonostante tanti anni di professione non possiedo una cultura giuridica raffinata e approfondita.

Quel poco che conosco deriva da ricerche specifiche per la risoluzione dei casi che via via mi si prospettavano e quindi è sicuramente incompleta, frammentaria e settoriale, soprattutto nasce e si sviluppa a seguito intuizioni pratiche in buona parte utilitaristiche.

Mi domando, ad esempio: per quale ragione ho visto ricorrere in terza istanza solo le parti soccombenti in grado di appello? Se fosse vero che il Consiglio dei XII può emettere una sentenza diversa dalle due precedenti, rientrerebbe nelle sue facoltà anche quella di migliorare la sentenza già favorevole all'appellante.

Se tizio chiede cento, che gli vengono negati in primo grado. Se appella e ottiene cinquanta, potrà mai proporre una terza istanza per ottenere il cento a cui aspirava?

Il tema affidatomi riguarda *"l'esperienza sammarinese degli ultimi cento anni"*, ma mi sento di poter assicurare almeno per gli ultimi cinquanta anni che non vi è stato ricorso di terza istanza presentato da chi si era visto favorito in appello.

Potrà dirsi che l'iniziativa non è stata assunta per non correre il rischio di perdere il vantaggio ottenuto, ma il tentativo avrebbe avuto una sua logica ed utilità se svolto in via incidentale, naturalmente entro il termine stabilito, una volta che il soccombente in primo grado avesse introdotto il ricorso.

A parte l'esposta considerazione, che nasce proprio da una esperienza pratica e diretta, si deve anche considerare che questa è la soluzione pro-

spettata sicuramente dalla maggior parte di coloro che si sono occupati del tema in linea con il principio della doppia conforme.

Nel materiale predisposto per fornire gli elementi di base alle nostre valutazioni, viene ricordato che il principio della "doppia conforme" appare nel Digesto (42.1.28) e nel codice (7.70.1).

Ho letto nel *Corpus Juris* curato dal Vignali, e da questi tradotto, che secondo Modestino due sentenze diverse rimangono in pendenza "finchè un giudice competente non confermerà una di esse".

La disposizione del Codice afferma la medesima cosa, come in una immagine speculare, poichè indica che "chi fu perditor in due appelli, non può appellare la terza volta sopra gli stessi capi".

Alla fine si comprende come può essere accaduto, secondo la ricostruzione storica del Pertile (*Storia del diritto italiano*, 1902, Vol. XI, 2, pag. 299) che, nella ricerca di una doppia sentenza conforme, si usasse replicare gli appelli uno dopo l'altro, fino all'esaurimento delle sostanze economiche di una delle parti.

Riferisce l'autore citato: "[...] meglio vi si provvede quando, sul cadere del Medio Evo, seguitando le tracce del Diritto Romano e Canonico, si fece luogo alla massima che non fosse lecito appellare ulteriormente prima da tre sentenze conformi, poscia anche da due"; aggiunge più avanti: "qualche legge per altro obbligava nella terza istanza il Tribunale ad attenersi per modo ai precedenti giudizi, da dover confermare o la sentenza della prima istanza o quella della seconda, senza poterle modificare" (pag.301).

Il sistema quindi ha una logicità, che nasce dalla esigenza pratica di vedere definite le vertenze dopo un numero congruo di giudizi, sufficienti a far ritenere che l'esame del fatto e la valutazione giuridica dei suoi elementi siano stati compiuti in tempi ed in modi proporzionali alla necessità dell'esito.

Tanto è logico il sistema, come si diceva, al punto che il legislatore sammarinese lo ha accettato senza riserve quando si è trattato di mettere le regole dei ricorsi amministrativi nella Legge n. 68 del 1989.

L'art. 21 di quella legge stabilisce che ove vi sia difformità fra le sentenze di primo e secondo grado sia il Consiglio dei XII d'ufficio, a stabilire quale delle sue sentenze debba rendersi definitiva.

Non si ha la pretesa di estendere la scelta del legislatore alla procedura di terza istanza per le cause civili, ma il fatto si segnala per confermare un indirizzo, che salvo poche, pur autorevoli eccezioni, è stato seguito in tutto il secolo appena concluso.

Ritengo poi il ricorso di terza istanza, come introdotto dagli statuti, debba essere valutato come una sorta di procedura *extra ordinem*, predisposta

nell'esigenza di porre un limite al moltiplicarsi degli appelli, dei ricorsi, delle revisioni e via dicendo.

Stabilito, come in precedenza ricordato con le parole dello storico Pertile, che le cause non avevano praticamente fine, se non quando le sentenze di due giudici diverse concludevano nei medesimi termini, i responsabili di quello che oggi si chiama "l'Ordine Pubblico" hanno necessariamente pensato di dover intervenire per porre termine alle continue occasioni di lamentela, di protesta, di insoddisfazione da parte di quanti, in genere appartenenti ai ceti più abbienti e più vicini ai potenti, si trovavano invischiati in vicende giudiziarie.

Per interrompere la serie delle impugnative, gli statuti di molti comuni trovarono la soluzione nel porre un limite agli appelli, stabilendo che non si potesse andare oltre il secondo o il terzo.

Poichè ciò non cancellava l'eventualità che le sentenze emesse fossero una diversa dall'altra e quindi si venisse a cancellare un principio inserito nella codificazione giustiniana e praticato per secoli, quindi assimilato profondamente e radicalmente dal pensiero giuridico, appare ragionevole che venisse previsto, o sottinteso, che la sentenza conforme dovesse determinarsi nella fase di terzo grado.

Su tale strada sicuramente condussero non solo i giudici titolari, ovvero i "sapienti" di volta in volta incaricati, ma anche i legali delle parti coinvolte nel giudizio.

La mia esperienza personale mi ha fatto verificare che sovente i ricorsi di terza istanza definivano in termini ben specifici il *petitum*. Cioè chiedevano esplicitamente che il Consiglio dei XII confermasse la sentenza più favorevole al proprio assistito.

Da altro canto anche la parte che subiva il ricorso di terza istanza invocava a proprio vantaggio la conferma della sentenza favorevole o meno dannosa.

Come sostengono i favorevoli alla tesi che il Consiglio dei XII sia libero di assumere la decisione di merito meglio aderente al caso, è sicuramente vero che si possono prospettare giudizi nei quali le sentenze non abbiano definito il caso con il dovuto equilibrio, per cui entrambe meriterebbero sostanziosi ritocchi.

Tuttavia, così ragionando, va ipotizzato che anche il sapiente del Consiglio dei XII, oltretutto messo a conoscenza solo delle carte e dei verbali e privo di qualsiasi contatto con le parti, i testi, i periti e quant'altro, può cadere in errori, che rimarrebbero senza rimedio, data l'inappellabilità del suo responso.

In ogni caso si deve tenere conto, seguendo la lettera della rubrica 7 del

libro IV degli Statuti, che la procedura inserita "*finem litibus imponere cuturientes*" si avvale del ricorso al sapiente, già previsto nell'ordinamento statutario, come mezzo per la risoluzione delle liti.

Il ricorso al consulto del sapiente, previsto dalla rubrica 74 del Libro II, consente alle parti di darvi corso liberamente in qualsiasi momento della procedura giudiziaria e su qualsiasi punto coinvolto dalla controversia. I Capitani Reggenti non si possono opporre e devono procedere alla nomina del sapiente sulla scorta delle indicazioni delle parti interessate, le quali possono indicare i fidati ed i sospetti, così come ancor oggi avviene nei ricorsi di terza istanza.

Faccio un inciso per ricordare che, per evitarmi la sorpresa di un terza sentenza diversa dalle precedenti, ebbi ad indicare fra i sospetti un consulente che in precedenza non aveva seguito la teoria dell'obbligo per il Consiglio dei XII di confermare una delle sentenze precedenti, naturalmente motivai l'indicazione proprio con la ragione che mi aveva ispirato e non ebbi al riguardo reazioni di sorta.

Ricordato l'episodio, torniamo al merito dell'argomento per osservare che il ricorso al sapiente, rimesso alla iniziativa e alla volontà delle parti, prevede che il consulente designato, secondo una delle regole generali della giurisdizione, debba attenersi strettamente al *petitum*.

Stabilisce la rubrica VII, dopo aver vietato l'ulteriore appello in caso di doppia conforme, che nella terza istanza si possano risolvere i punti in contrasto nelle due sentenze "*cum consilio sapientis*".

Il richiamo a quella procedura speciale è esplicito, per cui vanno applicate le regole procedurali, di metodo e di principio, che la normativa richiama.

Tenendo contemporaneamente presenti i principi ricordati (necessità della doppia conforme per porre fine al giudizio; introduzione della terza istanza per concludere il giudizio) e tenendo conto che il ricorso al sapiente è rimesso alla iniziativa della parte interessata, la quale dovrà comunque mantenersi nei limiti consentiti dall'ordinamento, si può ritenere che la nuova istanza non possa che limitare la richiesta alla conferma di una delle due sentenze pregresse.

Sarebbe interessante indagare se le istanze presentate al Consiglio dei XII per ottenere la terza decisione abbiamo contenuto la richiesta di conferma di una delle sentenze, ovvero una pronuncia in tutto o in parte diversa da entrambe le sentenze precedenti.

Se le sentenze si sono mantenute nella direttiva che ora si sostiene, indubitabilmente una pronuncia diversa del Consiglio dei XII sarebbe uscita dal *petitum*.

Per quanto conosce, chi vi parla può riferire che nell'ambito dei difensori si sono ascoltate solo lamentele in ordine alla innovazione delle sentenze, piuttosto che in relazione alla conferma dell'una o dell'altra.

Sulla base di tale osservazione, che non si esita a riconoscere soggettiva ed opinabile, si giunge però alla conclusione che l'esperienza trascorsa conferma che la larghissima parte dei responsi del Consiglio dei XII ha seguito la linea della necessità e obbligatorietà di una cosiddetta "doppia conforme", anche se le eccezioni, pur se rare, sono state autorevoli e soprattutto motivate con ricca dottrina.

Naturalmente ciò conforta chi preferisce, anche per motivi non scientifici, la teoria dell'obbligo della conferma di una delle sentenze, ma non toglie tuttavia lo scrupolo del dubbio, per cui si torna a richiedere un intervento normativo chiaro e definito, così come il legislatore ha preferito fare in materia dei ricorsi amministrativi.

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